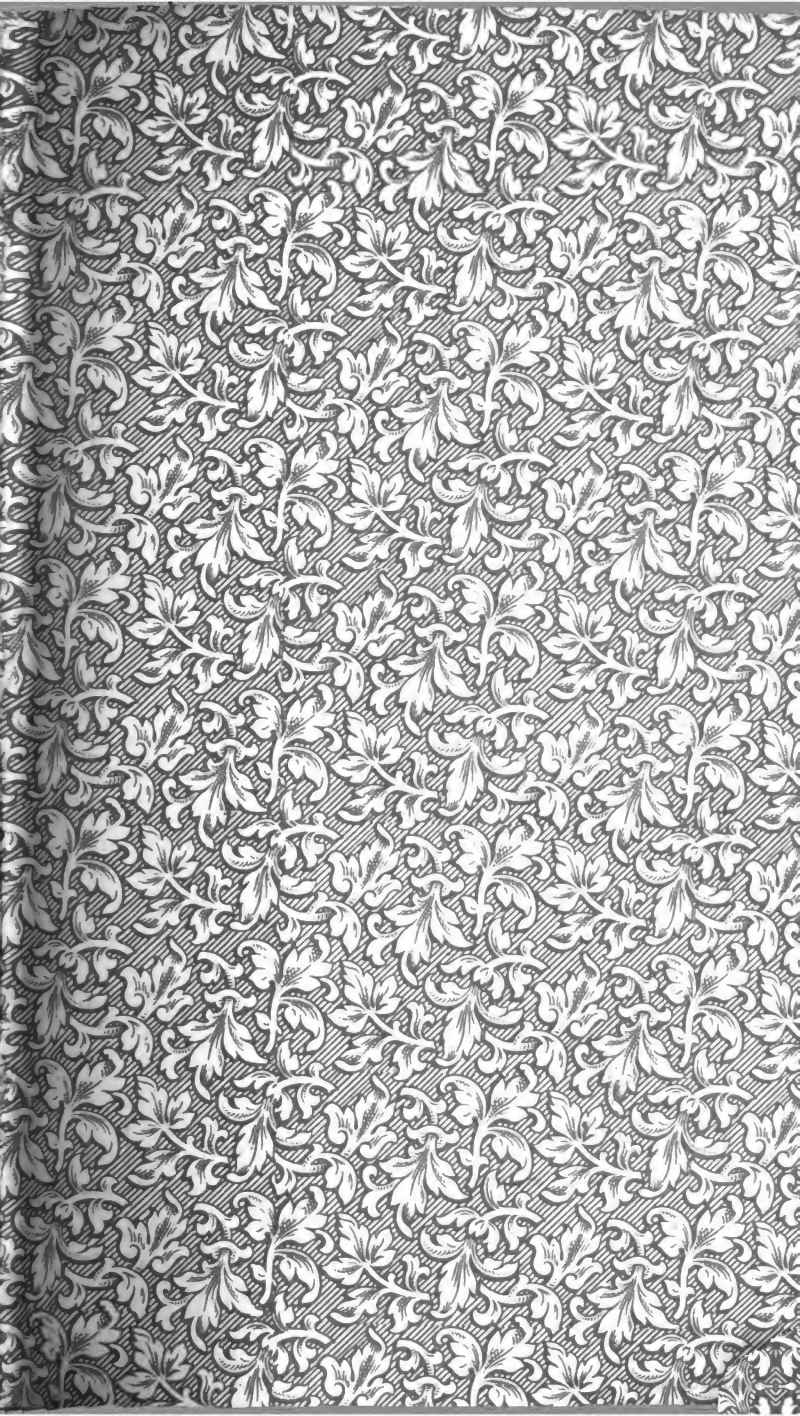
HDI
HL 1024 T

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 7, 1905.



Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. Käbel,
Oberjustizrath,

und

Dr. E. G. C. Harwey,
Rechtskonsulent.

Fünfter Band.

Stuttgart, 1862.
Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.
In Kommission bei **H. Lindemann.**

Digitized by Google

Rec. March 7, 1905

Digitized by Google

Inhaltsübersicht

des fünften Bandes.

Seite

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Die Hauptgrundzüge des hannoverschen Civilprozesses in ihren Verhältnissen zu dem württembergischen Verfahren. Von Herrrn Professor Dr. Geßler in Tübingen 2

Beitrag zur Lehre vom Domicilwechsel. Von Oberjustizrath Dr. Kübel 59

Zur Lehre von den Inhaberpapieren, Ausstellungsbefugniß und Amortisation. Eine Entscheidung des Obertribunals 107

Schadenersatz wegen Tödtung oder Körperverletzung in Raufhändeln. Von Herrn Oberjustizassessor Bossert in Ellwangen 118

Gehört zur partikularrechtlichen 30jährigen Prädialservitutenersitzung die Abwesenheit der vitia possessionis. Von Herrn Collegialhilfsarbeiter Hetsch in Ulm 138

Findet in geringfügigen Sachen neben dem Rekurs die gewöhnliche Nichtigkeitsklage statt. Von Herrn Oberjustizrath Boscher in Eßlingen 145

Ueber die Strafbarkeit der sogenannten delicta propria, verübt durch nicht mit sämmtlichen erforderlichen Eigenschaften versehene Personen. Von Herrn Professor Dr. Geßler in Tübingen 153

Ueber die Voraussetzungen, unter welchen gerichtliche und vorläufige Haft zulässig sind. Von Herrn Rechtskonsulent Strauß, sen. in Heilbronn 164

Zur Beleuchtung des Sportelwesens in Ehesachen. Von Herrn Pfarrer Süßkind in Darmsheim 173

Ueber den Ausschluß der staatsbürgerlichen Wahlrechte durch Privatdienstverhältnisse. Von Herrn Direktor v. Geßler in Stuttgart 201

Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz. Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey 221

Digitized by Google

Seite

Inwiefern entscheiden die Behauptungen des Klägers bezüglich der privatrechtlichen Natur eines Anspruchs für die Zuständigkeit des Civilrichters? Von Oberjustizrath Dr. Kübel 235

Ueber den Begriff der Verwaltungsjustizsachen nach dem Gesetz vom 13. November 1855. Von Herrn Direktor v. Geßler in Stuttgart 311

Mittheilungen einzelner Administrativjustizfälle aus der Praxis hiezu. Von demselben.

A) in Bürgerrechtssachen 351

B) über Nachdrucksklagen 384

C) in Mühl- und Wasserbaustreitigkeiten 388

D) in Wegbaustreitigkeiten 395

Zu der Frage über Rückforderung der von öffentlichen Kassen geleisteten Armenunterstützungen Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey 442

II. Fragmente.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Wechselsachen mit Bemerkungen von Oberjustizrath Dr. Kübel 246

Wechselfähigkeit des Kridars 246

Bezeichnung der Verfallzeit eines Wechsels 247

Angabe des Orts und Tags der Ausstellung des Wechsels 248

Ungiltigkeit eines Wechsels im Falle der Ungewißheit über seine Eigenschaft als Tratte oder eigener Wechsel . . . 249

Einlösung eines Wechsels durch einen Vormann nach ergangenem Wechselerkenntniß gegen den Acceptanten; Legitimation zur Klage aus diesem Erkenntniß . . . 250

Legitimation des Erwerbers eines protestirten Wechsels durch ein dem Protest vorangegangenes Blankogiro . . 250

Feststellung des Präsentationstags bei Sichtwechseln . . 253

Beschränkung des Accepts durch eine Bedingung 255

Inhalt der an den Protestaten zu richtenden Aufforderung 258

Vorlegung der Protesturkunde durch den Kläger 259

Wirkung der Klausel „ohne Kosten" auf die Forderung einer Provision 259

Bedeutung des Ausdrucks „zahlbar bei" in Domicilwechseln 260

Nur der unmittelbare Vormann ist von der Nichtzahlung des Wechsels zu benachrichtigen. Ersatz der Auslagen . 262

Benachrichtigung des Vormanns von der Nichtzahlung des Wechsels im Falle mangelnder Bezeichnung seines Wohnorts 262

Digitized by Google

Seite

Eine Entschädigung für die dem Wechselinhaber durch die Benachrichtigung seines Vormanns von dem Protest verursachte Bemühung findet nicht statt 267
Legitimation zur Wechselregreßklage 268
Legitimation des Inhabers eines nicht acceptirten Rückwechsels zur Einklagung des protestirten Hauptwechsels 268
Der Art. 74 der a. d. W.O. schützt den Besitzer eines Wechsels nur gegenüber von Dritten, nicht gegen seinen eigenen auctor 272
Unterbrechung der Klagverjährung 274
Unterschrift der Ehefrau des Trassaten auf dem Wechsel; Klagerecht gegen dieselbe 275
Ausländische Wechsel ohne Bezeichnung mit einem dem Wort „Wechsel" entsprechenden Ausdruck 276
Abschrift des Wechsels in der Protesturkunde 278
Protesturkunde ohne Erklärung des Protestaten wegen Krankheit desselben 278
Ort der Protesterhebung. Bezeichnung in der Protesturkunde 279
Beifügung des Amtssiegels in der Protesturkunde . . . 279
Ort der Protesterhebung. Nachfrage bei der Polizeibehörde 280
Gerichtsstand des Vertrags 281
Vorladungsfrist 281
Ediktalladung in Wechselsachen 283
Diffessionseid 284
Eideszuschiebung 289
Kaution oder Deponirung der Wechselsumme im Fall der Bescheinigung von ad separatum verwiesenen Einreden 294
Macht das Stattgeben der Wechselklage ein verurtheilendes Erkenntniß überflüssig? 295
Verfügung der Personalexekution ohne Gehör des Beklagten hierüber 302
Kostenvorschuß bei dem Antrag auf Personalexekution . . 303
Einleitung des Wechselprozesses gegen den Kridar . . . 303
Sicherungsmittel gegen Ausländer 304
Einwendungen gegen die Vollstreckung rechtskräftiger Wechselerkenntnisse 305
Deserviten eines Rechtsanwalts für das Inkasso eines Wechselbetrags 306
Anspruch eines Rechtskonsulenten als Wechselklägers auf die Advokatentaxe 307

Digitized by Google

Seite

Deserviten eines Rechtsanwalts für ein die Vollmacht vertretendes Giro 307

Gehören die Kirchenopfer zu den, bei der Abfindung einer subsidiär auf dem Zehentbezug haftenden kirchlichen Baulast in Berechnung zu nehmenden, verwendbaren Mitteln des principal-Baupflichtigen 308

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen mit Bemerkungen. Von Oberjustizrath Dr. Kübel. 450

Gerichtsstand des Wohnorts. 450

Gerichtsstand der Dienstboten und Handwerksgesellen. . . 451

Gerichtsstand eines im Ausland lebenden Württembergers. 454

Gerichtsstand des Vertrags. Vermögensbesitz des Beklagten im Gerichtsbezirk. 456

Voraussetzungen des Gerichtsstands des Vertrags zu Begründung der Kompetenz ausländischer Gerichte gegen Württemberger. 456

Kompetenz bezüglich der Entscheidung über die Verbindlichkeit zur Zeugnißablegung 458

Gegen die Entscheidung eines Kompetenzkonflikts zwischen zwei Untergerichten durch das höhere Gericht steht dem hievon betroffenen Untergericht ein Beschwerderecht nicht zu. 462

Abcitation bei der Klage auf Einräumung eines Nothwegs. 465

Digitized by Google

Die Hauptgrundzüge des hannover'schen Civilprozesses in ihrem Verhältnisse zu dem württembergischen Verfahren.

(Von Herrn Professor Dr. Geßler in Tübingen.)

Eine Darstellung der Hauptgrundzüge des hannover'schen Civilprozesses hat zugleich die allgemeine Bedeutung, daß hiedurch die Grundsätze eines Rechts erörtert werden, welches als Hauptrepräsentant der auf Mündlichkeit und Oeffentlichkeit gebauten Richtung erscheint und eine glückliche Verbindung der Prinzipien des französischen, beziehungsweise Genfer und gemeinen Civilprozesses enthält.

Bei der nicht unwichtigen Stellung, welche unser einheimischer Civilprozeß in der Gesammtentwicklung des Civilverfahrens einnimmt, liegt an sich die Aufforderung nahe, das Verhältniß desselben zu den auf Mündlichkeit gebauten Prozeßordnungen festzustellen. Eine solche Vergleichung bietet zugleich die beste Gelegenheit dar, die vielen gesunden Elemente unseres Verfahrens bestimmter hervorzuheben, die Anknüpfungspunkte, welche dasselbe hat, aufzusuchen, und eben damit ein reiferes Urtheil zu ermöglichen, ob wir in der Aneignung der Prinzipien des hannover'schen Prozesses eine angemessene Weiterbildung unseres Verfahrens zu erkennen haben.

Die gestellte Aufgabe wird wohl am besten dadurch erfüllt, daß an eine möglichst gedrängte Darstellung des hannover'schen Prozesses die Würdigung der Hauptgrundsätze und die Vergleichung derselben mit dem württem-

Digitized by Google

bergischen Verfahren angereiht wird. Ist hiebei vorzüglich das Verfahren zu berücksichtigen, so ist doch für das Verständniß desselben als Einleitung eine kurze Uebersicht über die Gerichtsverfassung zu geben.

I. Gerichtsverfassung.

Die Gerichtsbarkeit üben aus:

1) Amtsgerichte, bestehend aus einem Amtsrichter, welchem ein Aktuar und ein Gerichtsvogt beigegeben sind. Sie haben streitige Gerichtsbarkeit über alle Prozesse bis 150 Thaler Werth einschließlich (vor dem Gesetze vom 31. März 1859 nur bis 100 Thaler), mit Ausschluß der Syndikatsklagen; sodann ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes in Sachen, welche Lokalkenntniß oder schleunige Entscheidung verlangen oder regelmäßig einfacher Natur sind, nämlich bei Prozessen über Weggerechtigkeiten, Grenzberichtigungen, Injurien, Ansprüchen aus unehelichem Beischlaf, aus dem Dienstverhältnisse entspringende Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaften und Dienstboten, Einräumung oder Verlassung einer Wohnung zwischen Miether und Vermiether, Arrestanlegungen, Provisorien, Leitung der Konkurse.[1]

2) Obergerichte. Sie sind Gerichte erster Instanz in allen nicht vor die Amtsgerichte gehörigen Prozessen und solche zweiter Instanz für die von dem Amtsgerichte erledigten. Dieselben theilen sich regelmäßig in zwei Senate, den kleinen, aus drei, und den großen, aus fünf Richtern einschließlich des Präsidenten bestehend. Ersterer hat neben den Berufungen gegen amtsgerichtliche Erkenntnisse Streitgegenstände bis zu 300 Thaler, letzterer die übrigen Prozesse zu besorgen und ist zugleich Appellations-Instanz für die von dem kleinen Senate,

[1] Bei einer Zahl von 1,844,561 Einwohnern bestehen 103 Amtsgerichte, wovon einige aber mehrere Richter haben, die jedoch stets als Einzelrichter handeln.

Digitized by Google

Nichtigkeitsklage-Instanz für die von den Amtsgerichten erledigten Prozesse.[2]

3) Das Oberappellationsgericht. Dasselbe in drei Senaten mit geographisch abgegrenztem Geschäftskreis ist

a) Appellationsinstanz für die erstrichterlichen Erkenntnisse der großen Senate der Obergerichte,

b) Nichtigkeitsklage-Instanz für die durch die (kleinen oder großen Senate der) Obergerichte entschiedenen Sachen.

Sodann ist es noch Nichtigkeitsklage-Instanz für die durch das Oberappellationsgericht selbst entschiedenen Sachen, indem hiefür aus seiner Mitte ein besonderer Kassationssenat bestellt ist.[3]

Bei den Obergerichten und dem Oberappellationsgerichte ist ferner die Staatsanwaltschaft thätig,[4] welche

a) stets das Recht hat, Mittheilung der Akten vor der Verhandlung zu verlangen und ihre gutächtliche Erklärung in der Sitzung abzugeben,

b) bei bestimmten Gegenständen[5] Gelegenheit erhalten

---

[2] Obergerichte bestehen seit dem Jahre 1859 zwölf, wovon zwei (Hameln, Nienburg) nur einen kleinen Senat haben, von dem die Berufung an ein anderes Obergericht (Hannover) geht, während zwei (Hannover, Göttingen) einen großen und zwei kleine Senate besitzen,

[3] Derselbe wird aus den vier Präsidenten, beziehungsweise Vicepräsidenten und zwölf Richtern gebildet und urtheilt mit neuen bei der angefochtenen Entscheidung nicht betheiligten Richtern.

[4] Außer diesem hier speziell erheblichen Wirkungskreise hat die Staatsanwaltschaft die Dienstaufsicht über die Gerichtsvögte, Anwälte und Advokaten zu führen und in den von Leonhardt, Civ.-Pr.-O. S. 70, Note 1, bezeichneten Fällen — Gegenständen der Justizverwaltung, wie Bewilligung des Armenrechts ꝛc. — thätig zu seyn.

[5] Mit Rücksicht auf die allgemeinere Stellung der Staatsanwaltschaft zur Gerichtsverfassung gehören hierher Fragen über Zuständigkeit der Gerichte, bezüglich der Gattung der Gerichtsbarkeit, Bestimmung des rechten Richters, Ablehnung von Gerichtspersonen, Regreßklagen gegen Solche, Sachen zwischen Anwälten, Advokaten, Notaren, Ge-

Digitized by Google

muß, ihre gutächtliche Erklärung abzugeben, ohne daß aber ihre Nichtzuziehung für eine Prozeßpartei eine durch Rechtsmittel geltend zu machende Beschwerde bildet.

Die Erklärung erfolgt regelmäßig unmittelbar nach den mündlichen Vorträgen der Parteien und können die Parteien zur Berichtigung der Thatsachen eine schriftliche Erklärung überreichen oder zu Protokoll geben, welche zu verlesen ist.[6]

Hervorzuheben ist noch, daß eine Erstreckung der Gerichtsbarkeit auch ohne Einwilligung des Gerichts zulässig ist, nur nicht bei dem Mangel der Berechtigung zu der Gerichtsbarkeit hinsichtlich der Gattung[7] und in so weit nicht auf den großen Senat eines Obergerichts, als dieser bei offenbarer Unzuständigkeit von Amtswegen solche erklären muß.

II. Hauptgrundsätze des Verfahrens.

Als solche kommen in Betracht: Mündlichkeit, Oeffentlichkeit, Verhandlungs-Eventual-Maxime und die mit

---

richtsvögten und ihren Vollmachtgebern, Nichtigkeits- und Restitutionsklagen; sodann Sachen, welche den Personenstand der unter Vormundschaft stehenden Personen betreffen, Anfechtungen von Urkunden, als falsch oder verfälscht.

[6] Anders im französischen Rechte. Ueber die Frage, ob die Zuziehung der Staatsanwaltschaft zu civilprozeßualischen Verhandlungen angemessen ist, zu vergl. in neuester Zeit, Verhandlungen des II. Deutschen Juristentags, I. S. 96 ff., 109 ff.

[7] Ueber die Auslegung dieser Vorschrift, zu vergl. Leonhardt, die bürgerliche Prozeßordnung Hannover's (3. Aufl.), S. 26, N. 1. Durch eine solche Vorschrift ist den Parteien die Möglichkeit verschafft, einfache Prozesse von größerem Streitwerthe bei den Amtsgerichten, sowie verwickelte oder schwierige Prozesse von geringerem Streitwerth, bei Obergerichten anhängig zu machen, auch Werthschätzungen abzuschneiden (zu vergl. auch Breitling, Civ.-Arch. Bd. XL. S. 109 ff.) Eine Vereinbarung von Anwälten, die vor dem großen Senate ressortirenden Rechtssachen der Regel nach bei dem kleinen Senat anhängig zu machen, (um auch in II. Instanz als Anwalt thätig seyn zu können) wurde nach Leonhardt, das Civilprozeßverfahren des Königreich's Hannover, S. 8, beseitigt und ist nur Folge der Gerichtsverfassung.

Digitized by Google

diesen Grundsätzen im nächsten Zusammenhang stehende Behandlung des Ungehorsams, sowie die Fähigkeit, vor Gericht in Person aufzutreten. Hieran hat sich eine übersichtliche Darstellung des Ganges des Verfahrens anzureihen.

A. Mündlichkeit.

Wird mit Mündlichkeit der weitere Begriff verbunden, wornach jedes Verfahren als ein mündliches gilt, bei welchem den Parteien Gelegenheit gegeben ist, vor dem erkennenden Gerichte ihre Ansprüche durch mündlichen Vortrag, sey es auch in der Beschränkung auf rechtliche Auseinandersetzungen, zu vertreten, so vermögen wir zwei Arten von Mündlichkeit zu unterscheiden:

1) Mündliches Schlußverfahren nach vorgängigem schriftlichen Verfahren;

2) mündliches Verfahren nach vorgängigem Wechsel von Schriften, deren Inhalt hauptsächlich blos *vorbereitend*, nicht *bestimmend* ist.

Das Maß, in welchem der vorgängige Schriftenwechsel blos vorbereitend ist, kann ein verschiedenes seyn, sofern gewisse Schranken bestehen können, welche die Festhaltung der Identität des durch den vorgängigen Schriftenwechsel begonnenen Rechtsstreits zum Zwecke haben und auch mit Zustimmung der Parteien nicht überschritten werden dürfen. Als höchste Spitze erscheint hiebei ein mündliches Verfahren, bei welchem die Parteien vollständig von dem Inhalte der vorgängig gewechselten Schriften abzugehen berechtigt sind, ohne daß der Richter von Amtswegen dieß zu verhindern befugt ist. Hiebei ist der vorgängige Schriftenwechsel in keiner Weise bestimmend, sondern lediglich vorbereitend.

Hinsichtlich des *Umfangs* kann sodann eine Verschiedenheit bestehen, je nachdem die Beweisaufnahme gleichfalls vor dem erkennenden Gericht vor sich geht oder nicht.

Bei dem ersten Verfahren hat der Prozeß in that-

sächlicher Beziehung seine vollständige wesentliche Gestaltung[8] durch den vorgängigen Schriftenwechsel erhalten; der in Gegenwart der Parteien erstattete Vortrag eines Referenten gibt Aufschluß über das bisher gemachte thatsächliche Vorbringen: auf der Grundlage des letzteren müssen sich die rechtlichen Erörterungen der Parteien bewegen. Nur bei einem Mitglied des Gerichts ist vollkommene Kenntniß des Sachverhalts garantirt; für die Uebrigen liegt keine weitere Garantie, als bei dem rein schriftlichen Verfahren, vor. Gelegenheit ist gegeben, das bisherige Vorbringen durch die Parteien erläutern zu lassen, und bestimmtere Erklärungen zu verlangen, allein auch diese ist in umfassender Weise nur den mit dem Akten-Inhalte Vertrauten zu benützen möglich. Der Rechtsstreit ist nicht mehr im Stadium der Flüssigkeit, sondern ist bereits in der schriftlichen Form erstarrt.

Die Bedeutung der mündlichen Verhandlung geht dahin: 1) es ist ein Recht, nicht eine Verpflichtung der Partei, ihre Sache dem entscheidenden Gerichte mündlich vorzutragen; 2) nur die durch die Schrift erkennbar gemachten Erklärungen der Parteien dürfen die Grundlage der Entscheidung bilden.[9]

Die hannover'sche Prozeßordnung bekennt sich zu der zweiten Art von Mündlichkeit und zwar in der oben bezeichneten höchsten Spitze.

Dieselbe kennt folgende Verfahrensweisen:

1) Mündliches Verfahren nach vorgängiger Vorbereitung durch Schriftenwechsel, wovon das mündliche Verfahren mit außergerichtlichem schriftlichen Vorverfahren nur eine Modifikation bildet;

[8] In Preußen, welches ein solches Verfahren kennt, können die Parteien noch neue Thatsachen zur Widerlegung der letzten Behauptungen des Gegners anführen, soweit nicht bereits ein Ausschluß hiermit stattgefunden hat, zu vergl. Heffter, preuß. Civilprozeß, §. 176, S. 211.

[9] Zu vergl. Gutachten des Kammergerichtsraths Plathner (Verhandlungen des II. Juristentags, I. S. 116 ff.)

Digitized by Google

2) schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung.

Das erstere Verfahren ist das regelmäßige, welches auch faktisch durchaus die Regel bildet.[10]

Der Schriftenwechsel ist hiebei zunächst Sache der Parteien, doch findet die an sich sehr erhebliche zweckmäßige Abweichung vom französischen Verfahren statt, daß dem Vorsitzenden des Gerichts der Klagantrag vor seiner Zustellung an den Beklagten vorzulegen ist, damit derselbe einen Gerichtstag zur Verhandlung der Sache bestimme.

Hiedurch ist im Besondern das so häufig zur Vereinfachung des Rechtsstreits führende Erscheinen der Parteien ermöglicht, welches im französischen Prozeß wegen der Unzuverlässigkeit des Stattfindens der Verhandlung weniger vorkommt.

Die Klageanträge müssen enthalten:

---

[10] Nach Leonhardt, Civilprozeßverfahren, S. 52, 122, kam das Verfahren sub 2) in der Zeit vom 1. Jan. 1855—1859 bei dem höchsten Gerichte gar nicht vor, bei den Obergerichten durchschnittlich auf 195 Fälle ein Fall (bei einem Gerichte auf 727 ein Fall). Das außergerichtliche schriftliche Vorverfahren verhielt sich zu dem gewöhnlichen in dieser Zeit durchschnittlich, wie 1 : 152 (bei einzelnen Gerichten kam dieses gar nicht, bei anderen unter 1840, 1191, 656 Fällen einmal vor). Das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung besteht in Folgendem: Bei außergewöhnlicher Ausdehnung oder Verwicklung der thatsächlichen Verhältnisse kann auf Antrag der Parteien oder auch von Amtswegen Instruktion der Sache entweder zu Protokoll oder durch Schriftenwechsel stattfinden. Nach Spruchreife der Akten zur Abgabe des Beweisinterlocuts oder Endurtheils findet mündliche Schlußverhandlung statt, in welcher das betreffende Gerichtsmitglied eine übersichtliche Darstellung des Stands der Sache ohne Mittheilung seiner eigenen Ansicht vorträgt und die Parteien die rechtlichen Gesichtspunkte erörtern. Bei Nichterscheinen der Partei findet gleichwohl materielle Beurtheilung statt. Die in Hannover gehegte Erwartung, daß dieses Verfahren, als dem früheren sich am meisten nähernd, sehr häufig stattfinden werde, ist nach den obigen statistischen Notizen nicht eingetreten.

Digitized by Google

a) Eine gedrängte deutliche und zusammenhängende Darstellung der den Anspruch und die Legitimation zur Sache begründenden Thatsachen, sowie genaue Bezeichnung des Verlangten;

b) ein bestimmtes Gesuch, sowohl in Haupt- als Nebensache;[11]

c) Benennung des klägerischen Anwalts;

d) Aufforderung an den Beklagten, an dem von dem Vorsitzenden des Gerichts auf mindestens 3 Wochen, beziehungsweise einen Monat festgesetzten Gerichtstage, vertreten durch einen Anwalt, vor dem Gerichte zu erscheinen.

Eingehändigt werden sie dem Beklagten durch einen Gerichtsvogt, während die Zustellung der weiteren Schriften von Anwalt zu Anwalt gegen einfache Empfangsbescheinigung erfolgen kann.

Mindestens eine Woche vor dem festgesetzten Gerichtstage hat der Anwalt des Beklagten dem klägerischen Anwalt eine Abschrift der Gegenanträge, mit welchen eine bestimmte Erklärung über das klägerische Vorbringen zu verbinden ist, zuzustellen, und sind die Abschriften der gegenseitigen Anträge auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen, welche sie dem Gerichtsvorsitzenden zu überreichen hat.

Sodann findet mündliche Verhandlung statt.[12]

---

[11] Die Erfordernisse von a) und b) sind nur Ausflüsse des überhaupt für schriftliche Parteianträge Verlangten, sofern hierin stets das in der Gerichtssitzung zu stellende Gesuch mit kurzer, aber bestimmter und vollständiger Angabe der zu Grunde liegenden Thatsachen enthalten seyn muß. Den Prozeßgang veranschaulicht an einzelnen (fingirten) Rechtsfällen Leonhardt im Hannover'schen Magazin, II. S. 248 ff.

[12] Bei dem außergerichtlichen schriftlichen Vorverfahren, welches bei thatsächlich besonders schwierigen verwickelten Streitsachen auf übereinstimmenden Antrag der Parteien oder einseitiges Verlangen des Beklagten eintritt, ist ein Schriftenwechsel nicht bloß bis zur Vernehmlassung, sondern selbst bis zur Duplik möglich. Die Fristen, in welchen

Digitized by Google

Nach Aufruf der Sache durch den Gerichtsdiener treten die beiderseitigen Anwälte vor und stellen die Schlußgesuche ihrer Anträge.

Hierauf beginnt der Kläger seinen Vortrag; die Vorträge sind, so weit der wörtliche Inhalt nicht in Betracht kommt, in freier geordneter Rede zu halten und müssen das ganze Streitverhältniß in seinen thatsächlichen und rechtlichen Beziehungen umfassen. Insbesondere hat der Beklagte sich bestimmt einzulassen und gelten nicht bestrittene Thatsachen als zugestanden.

Die mündliche Verhandlung bildet die Grundlage der Entscheidung. Dieß zeigt sich insbesondere

1) in der Zulässigkeit, neue Anträge zu stellen oder von dem Inhalte der Schriftsätze ganz abzugehen, ohne daß das Gericht von Amtswegen ein vorgängiges schriftliches Verfahren anordnen kann, sodann

2) in der beschränkteren Annahme einer mutatio libelli bei theilweisen Abweichungen von dem Inhalte der Schriftsätze.

Zu 1) steht allerdings der Gegenpartei das Recht zu, die alsbaldige Erklärung auf das Vorbringen abzulehnen oder sofort Abweisung der Klage angebrachtermaßen und Fortsetzung der Verhandlung auf Grund des bisherigen Vorbringens bei Klage-Aenderung zu verlangen, allein das Gebiet für ein solches Verlangen ist insofern beschränkt, als

zu 2) nur für Emendation der Klageanträge erachtet wird, wenn unter Beibehaltung der thatsächlichen

---

die Schriften zu wechseln sind, werden hiebei vom Gerichte bestimmt. Ein Zwang zur wirklichen Abgabe von Schriftsätzen findet aber nicht statt; will der Kläger, beziehungsweise Beklagte nicht schriftlich repliziren oder dupliziren, so findet mündliche Verhandlung sofort statt. Rechtsausführungen sind auch hier ausgeschlossen. Zu vergl. Leonhardt, Civilprozeßordnung, S. 156 ff. Die Frist, in welcher sonst die vorbereitenden Anträge dem Gerichte und der Gegenpartei vor der Gerichtssitzung mitgetheilt seyn müssen, beträgt drei Tage.

Digitized by Google

Grundlagen des Hauptanspruchs und der Nebenforderungen das Vorbringen erläutert, näher oder richtiger bestimmt, der Betrag des Hauptanspruchs und der Nebenleistungen erhöht oder vermindert, statt der ursprünglich verlangten Sache wegen Untergangs Entschädigung gefordert wird.

Folge des Prinzips der Mündlichkeit ist sodann insbesondere, daß, wenn auf Grund einer bestimmten mündlichen Verhandlung wegen Wechsels in der Person der Richter oder wegen Mangels der erforderlichen Stimmenmehrheit die richterliche Entscheidung nicht erfolgen kann, die mündliche Verhandlung wiederholt werden muß.[13]

Die Mündlichkeit findet sodann nicht blos für das erste, sondern auch für das Beweisverfahren statt, doch ist namentlich bei außerhalb des Bezirks des Prozeßgerichts wohnenden Zeugen oder Sachverständigen und auch sonst mit Rücksicht auf die Geschäftslage des betreffenden Gerichts die Aufstellung eines Kommissärs gestattet.[14]

Von Wichtigkeit ist die Frage über urkundliche Feststellung des Inhalts der Verhandlungen. Diese erfolgt

1) durch das Sitzungsprotokoll. Regelmäßigen Inhalt bildet die Darstellung des Gangs der Verhandlung im Allgemeinen, die Aufnahme der nicht schriftlich übergebenen Anträge der Parteien und Staatsanwaltschaft, der nicht als Anlage dem Protokolle beigefügten Beschlüsse des

---

[13] Zu vergl. hierüber, sowie über die Mittel, hieraus hervorgehende Uebelstände zu beseitigen, insbesondere durch Entscheidung spruchreifer Punkte. Leonhardt, Neues Magazin für hann. Recht, I. S. 28 ff. Den Aufsatz von O.-Ger.-Ass. Plank in der deutschen Gerichtszeitung 1861, S. 169 ff.

[14] Nach dem Gutachten des O.-G.-Anwalts Andrée (Verhandlung des II. Juristentags, I. S. 55) geht die Zeugenvernehmung in der Regel vor einem Kommissär vor sich, namentlich weil das Protokolliren zu lange aufhält.

Digitized by Google

Gerichts, außerdem auf Antrag der Parteien oder von Amtswegen wesentliche thatsächliche Abweichungen des mündlichen Vortrags von dem schriftlichen Vorbringen, in der Sitzung abgegebene Geständnisse, Einwilligungen oder Anerbieten;

2) durch schriftliches Vorbringen von erfolgten wesentlichen Abweichungen;

3) durch Aufnahme einer gedrängten Darstellung des dem Rechtsstreite zu Grunde liegenden Thatbestandes, wie er in Folge der Parteien-Vorträge sich gestaltet, in das Urtheil.

Von höchster Bedeutung ist das zu 3) angeführte Mittel. Es bildet eine zugleich sehr wünschenswerthe Kontrole für die Aufmerksamkeit der Richter, welche wegen der ihnen gestellten Aufgabe regelmäßig genöthigt seyn werden, während der Verhandlung sich Notizen zu machen, und sich den Thatbestand in möglichster Klarheit und Bestimmtheit zu bilden haben. Hierin liegt ein ganz entschiedener Vorzug vor dem französischen Verfahren, bei welchem die Fertigung des Thatbestands regelmäßig durch den Avoué des siegenden Theils erfolgt, und damit die Garantie für richtige Erfassung desselben durch den Richter und häufig auch die Harmonie zwischen Thatbestand und Entscheidung hinwegfällt.

Das amtsgerichtliche Verfahren, bei welchem die Klage mündlich erhoben werden kann und ein vorgängiger Schriftenwechsel nicht stattfindet, verlangt für die mündliche Verhandlung ein behufs Genehmigung der Parteien zu verlesendes Protokoll, in welches die Vorträge der Parteien nicht ausführlich, sondern nur nach ihrem Ergebnisse, insbesondere das Sachverhältniß, die Streitpunkte und Schlußanträge aufzunehmen sind. Hierin ist eine etwas erweiterte Streitesübersicht des würtembergischen Verfahrens gelegen.

Bei nicht appellablen Streitsachen — solchen, deren Streitwerth den Betrag von 10 Thalern nicht übersteigt — genügt die Aufnahme des Wesentlichen in das Urtheil

Digitized by Google

selbst, ohne daß ein Protokoll über die Verhandlung aufzunehmen ist.

Zugleich besteht bei den Amtsgerichten ein Mahnverfahren, wodurch außergerichtlich noch nicht bestrittene Forderungen bis zum Betrag von 150 Thlrn. zur Verfolgung gebracht werden können. Erfolgt auf den erlassenen Zahlungsbefehl innerhalb der Frist von zwei Wochen kein Widerspruch, so wird der Zahlungsbefehl für vollstreckbar erklärt, und kann auf Grund desselben (zu vergl. unten) Exekution verlangt werden; wird die Forderung widersprochen, so wird sofort das Prozeßverfahren eingeleitet.

Wirft sich nunmehr die Frage auf, ob zu einem mündlichen Verfahren und zu welcher Art von Mündlichkeit überzugehen ist, so ist diese Frage nicht vereinzelt zu lösen; vielmehr ihre Beantwortung an die Anforderungen, welche an die Civilrechtspflege überhaupt in gegenwärtiger Zeit zu stellen sind, anzuknüpfen.

In der Entwicklung des Deutschen Civilprozesses vermögen wir von vollständiger Ausbildung des Grundsatzes der Aktenmäßigkeit an drei Stadien zu unterscheiden. Als specifische Eigenthümlichkeit des ersten Stadiums erscheint vollständige Wahrung der Selbstständigkeit der Parteien in gleichzeitiger Verbindung mit einer Einrichtung des Verfahrens, welches dem formalen Rechte jedes Opfer bringt und unter Zulassung der Beschwerdeführung gegen beinahe jede Verfügung Gründe der Zweckmäßigkeit ganz bei Seite läßt.

War hiebei der Charakter des Privatrechts auch in der Art seiner Durchführung gewahrt, so erschien doch diese Weise keine angemessene Erfüllung eines Rechtsschutzes, weil das Recht selbst nur mit unverhältnißmäßigem Aufwande zur Geltung gebracht werden und die Prozeßführung selbst in chicanöser, unredlicher Weise erfolgen konnte, gegen welche die richterliche Leitung beinahe keinen Schutz gewährte.

Digitized by Google

Das Bedürfniß einer Abhilfe wurde allenthalben gefühlt; eine wirkliche Befriedigung vermochten *bloße* gesetzliche Vorschriften nicht zu verschaffen: [15] Dieselbe war näher gelegt, wenn dem schleppenden Rechtsgange, welcher namentlich durch einseitige Rücksichtnahme auf den in einer Verfügung gelegenen Charakter einer Entscheidung entstand, und der Selbstständigkeit der Parteien entgegengetreten wurde und sich hiemit zur Durchführung der gegentheiligen Prinzipien geeignete Einrichtungen verbanden.

Eine wirkliche, der Zeit angemessene Befriedigung wurde herbeigeführt in Ländern, wie Württemberg, wo unter Vermeidung des Extrems der Untersuchungsmaxime eine *ergänzende, unterstützende* Thätigkeit des Gerichts vorgeschrieben und das Verfahren in angemessenen, zur Abkürzung führenden Formen geordnet wurde. An die Stelle des gemeinrechtlichen Prozesses traten hiedurch Ausbildungen, welche geeignet waren, dem Prozesse beinahe jeden Formalismus zu benehmen, welche denselben hauptsächlich durch Zweckmäßigkeitsgründe bestimmt erscheinen ließen und ihn aus einem Privatrechtsinstitute zu einem Administrativverfahren machten, welches nur seine Schranken darin hat, daß nicht über den Willen der Parteien hinaus gegangen werden konnte.

Vorzüge dieses Verfahrens sind: Fürsorge und Umsicht für das Parteienvorbringen, für die Gewinnung einer tüchtigen faktischen Grundlage, Vereinfachung des Ganges des Verfahrens und in Folge hievon Abkürzung der Prozesse, Möglichkeit der Erlangung des Rechts auch ohne Beihilfe Rechtsverständiger, Wohlfeilheit der Prozeß-

[15] Zu vergl. in dieser Beziehung, namentlich Zink, über die Ermittlung des Sachverhalts nach französischem Rechte, 1. S. 365 ff., insbesondere S. 369. Durch die vorzugsweise Berücksichtigung der bayrischen Gesetzgebung und Rechtsübung hat Zink die Anknüpfungspunkte in Rechten anderer Staaten zu einem Uebergang in ein neues Verfahren zu wenig gewürdigt.

Digitized by Google

führung, Förderung des materiellen Rechts. Diesen Vorzügen stehen aber parallel auch die Mängel gegenüber: Verrückung des Schwerpunkts der Thätigkeit für ein geordnetes Vorbringen der Thatsachen des Rechtsstreits von den naturgemäß hiefür wirksamen Parteien hinweg auf die Seite des Gerichts und hierin gelegene Abhängigkeit der Gestaltung des Faktum von der Individualität des Richters; Aufhören beinahe aller bei Verfolgung von Privatrechtsansprüchen doch an sich gerechtfertigter Formen; die dem Richter nothwendige Stellung über den Parteien gefährdende richterliche Fürsorge und Ergänzung; Hervorrufung wenn nicht muthwilliger Streitsucht, so doch des Mangels der Scheue vor voraussichtlich vergeblichen Prozessen; in Folge des bedeutenden Einflusses des Instruenten auch leicht Einwirkung auf Abschluß von Vergleichen bei rechtmäßigen, vollständig durchführbaren Ansprüchen und überhaupt größere Wirkung einer irrigen Auffassung des einzelnen Richters in Beziehung auf Rechtsgrundsätze oder Sachlage.

Der Instruent des bezirksgerichtlichen Prozesses ist bei nicht rechtsgelehrten Parteien die Seele der Verhandlung, er gestaltet aus dem von den Parteien theils von freien Stücken, theils auf mehr oder weniger dringende Aufforderung an die Hand gegebenen thatsächlichen Stoffe erst das Faktum für den einzelnen Prozeß; er scheidet nicht blos für die Entscheidung, sondern von Anfang an Erhebliches und Unerhebliches, von ihm hängt es vorzugsweise ab, ob die Thatsachen des einzelnen Falls mehr oder weniger vollständig an das Tageslicht gefördert werden und schließlich gar nicht oder erst im Beweisverfahren oder in späteren Instanzen zum Vorschein kommen. Dieses unnatürliche Ueberwiegen der richterlichen Thätigkeit und eben hiemit die Erheblichkeit der Individualität des Richters selbst für den Inhalt des Prozesses in thatsächlicher Hinsicht wird auch bei Vertretung der Parteien durch Rechtsgelehrte nicht aufgehoben, sondern nur je nach der

Digitized by Google

Person der Anwälte in sehr verschiedenem Maße vermindert; ja diese Funktion des Richters vermag nach der Individualität des Instruenten bei Vertretung nur einer Partei durch einen Rechtsanwalt selbst auf den Letzteren überzugehen, was das Schlimmste ist.

Gerade aber, weil die Persönlichkeit des Richters von so großer Erheblichkeit ist und die Prozeßführung einfach und wenig kostspielig ist, kann bei einem intellektuell und moralisch tüchtigen Richterstande eine Befriedigung der Betheiligten stattfinden und in vollster Ueberzeugung von der Trefflichkeit des Verfahrens seine Beibehaltung befürwortet werden.

Allein wirkliche Garantieen für eine gute Verwaltung der Rechtspflege liegen in der äußeren Organisation dieses Verfahrens doch nur sehr wenige; die Gewährung solcher äußeren Garantieen verlangt die Civilrechtspflege, und hat auch die Gegenwart, welche überall nach einer Gestaltung des Verfahrens, gebaut auf die naturgemäße Stellung von Parteien und Gericht, ringt, diese Forderung zu erfüllen. Sie hat sich jedoch hiebei angelegen seyn zu lassen, die guten, im bisherigen Verfahren gelegenen Seiten, soweit sie mit einer Civilrechtspflege vereinbar sind, zu erhalten, namentlich auch für Streitsachen von geringerem Belange ein weniger formelles Verfahren eintreten zu lassen.

Vermögen wir diese Aufgabe als die des dritten Stadiums zu bezeichnen, so tauchen bereits Ansichten, insbesondere von Plank[16] auf, welche die Aufgabe anders bestimmen, die Selbstständigkeit der Parteien in ihrer Reinheit herstellen und die richterlichen Aussprüche zu nur sehr beschränkt anfechtbaren erheben wollen.

Sollte auch ihre innere Berechtigung nicht zu bezweifeln seyn, so ist doch die Ausführung einer hierauf

[16] Beweisurtheil, S. 434 ff. Gutachten für die Verhandlung des II. Juristentags, II. S. 66 ff.

Digitized by Google

gebauten Prozeßordnung für die Gegenwart zu beanstanden, weil zur Zeit namentlich zwei hiezu wesentliche Voraussetzungen mangeln: ein im mündlichen Verfahren gebildeter Advokatenstand, welcher mit Vertrauen auf die Art der Würdigung des Vorbringens im mündlichen Verfahren das Faktum nach allen seinen Seiten der richterlichen Prüfung unterstellt und, von den Parteien vollständig instruirt, die Erklärungen in thatsächlicher Hinsicht abgibt; sodann ein in dem mündlichen Verfahren geübter Richterstand, welcher die Thatsachen des concreten Falls mit größter Sicherheit aufzufassen und zu beurtheilen vermag.

Dürfen wir diese zwei Voraussetzungen mit der Einführung eines Verfahrens noch nicht als vorhanden betrachten, so hat eben deßhalb das Verfahren eine andere Gestaltung zur Zeit anzunehmen. Doch wird sodann ein Uebergang zu dieser weiteren Stufe der Entwicklung keine wesentliche Aenderung der Gerichtsverfassung herbeiführen.

Bei der guten Grundlage unseres bisherigen Verfahrens für die Verwirklichung des materiellen Rechts haben wir aber das zunächst als angemessen zu betrachtende Verfahren nicht nach Art eines Belagerungszustands[17] einzurichten; die Abweichungen von dem durch Plank als sachgemäß bezeichneten Verfahren sind zwar mannigfach und tiefgreifend, aber nirgends Schranken, welche das Vertrauen in die Ehrenhaftigkeit und Wahrheitsliebe des Advokatenstandes verletzen könnten. Ohne solches Vertrauen wird die für ein mündliches Verfahren dringend nöthige Hebung der Würde dieses Standes mehr gehemmt, als gefördert werden.

Wenden wir uns nach diesen einleitenden Bemerkungen zur Frage, ob wir Mündlichkeit des Verfah-

[17] Im Sinne von Zink, die Ermittlung des Sachverhalts, I. S. 191 ff.

rens vor kollegialisch besetzten Gerichten als eine solche äußere Garantie einer tüchtigen Verwaltung der Rechtspflege zu betrachten haben, und worin sie zu bestehen hat, so ist die Frage und zwar im Sinne der Mündlichkeit des hannover'schen Prozesses wohl ohne Anstand zu bejahen.

Das mündliche Schlußverfahren erscheint als bloße Mittelstufe. Zwar ist dieses nicht durchgängig anerkannt. Das oben angeführte Gutachten des Kammergerichtsraths Plathner betrachtet die Verpflichtung für Parteien, ihre Ansprüche mündlich vorzutragen, als einen in keiner Weise berechtigten Eingriff in das Recht der Parteien. Allein die Form des Verfahrens ist nicht rein Sache der Willkür der Parteien, vielmehr sind Beschränkungen hinsichtlich der Wege, auf welchen die richterliche Entscheidung anzurufen ist, gestattet, wenn gerade ein Weg als der vorzügliche erkannt ist, auf welchem eine gehörige Orientirung sämmtlicher erkennenden Richter über das bei der Entscheidung zu berücksichtigende thatsächliche Vorbringen ermöglicht ist. Erscheint als solcher die Mündlichkeit mit blos die Verhandlung vorbereitenden Schriftsätzen, so liegt eben hierin die Rechtfertigung der Beschränkung.

Dem Verfahren mit blos mündlicher Schlußverhandlung, welches leicht zu einer naturwidrigen Trennung von Thatsache und Recht führt, kleben stets noch die Mängel des schriftlichen Verfahrens an und sind dem letzteren zugeschriebene Vorzüge, wie gründlichere Vorbereitung der Rechtsfragen in vollkommen gleichgeltender Weise, ja mit selbst sichererem Ergebnisse auch bei voller Mündlichkeit zu erreichen.[18]

---

[18] Zu vergl. die Aeußerung eines Gerichtsvorsitzenden in Hannover bei Leonhardt, S. 32: Die Gründlichkeit hängt weniger von den Prozeßgesetzen ab, als von der Art und Weise, wie die Geschäfte betrieben werden. Wenn bei den ehemaligen Justizkanzleien von den Advokaten gut abgefaßte Schriften eingereicht wurden, wenn der Refe-

Digitized by Google

Für ein so gestaltetes mündliches Verfahren im Ganzen bietet unser Verfahren allerdings keinen unmittelbaren Anknüpfungspunkt dar. Doch würde ein sofortiger Uebergang zu demselben nicht als Wagniß erscheinen, sofern unser Verfahren vielfach von dem gleichen Bestreben geleitet ist und gerade dieser Umstand uns für die Aufnahme eines solchen Verfahrens eben so empfänglich als befähigt macht.

Ueberall steht unser bezirksgerichtliches Verfahren unter einer eingreifenden Leitung des Gerichts, wobei nur zu große Gewalt in eine Hand gelegt ist. Für einfache wie schwierige Rechtsstreitigkeiten sind angemessene Wege vorgezeichnet. [19]

---

rent einen wohldurchdachten und geordneten Vortrag hielt und die Votanten ihm mit Aufmerksamkeit folgten, so war ein gründliches Urtheil verbürgt. Aber oft genug fehlte es an der einen oder anderen dieser Voraussetzungen oder an allen dreien zugleich. Das war im Resultat eben nicht erfreulich. So ist auch jetzt der Erfolg durch die Leistungen der Anwälte und Richter bedingt. Aber das jetzige Verfahren hat den großen Vorzug, daß es viel lebendiger und anregender ist. Dadurch wird der Schlaffheit und Ermüdung vorgebeugt, der ehemals sich selbst gewissenhafte Richter schwer entziehen konnten. Dazu kommt, daß die Advokaten jetzt mehr vom Prinzipe der Ehre getrieben werden und daß den Mängeln ihrer Vorträge leicht durch Fragen abgeholfen werden kann. Aehnliche Aeußerungen S. 36, 37, 80, 91, sodann S. 33, wornach bei juristischen Zweifeln über einen Punkt die Beschlußnahme ausgesetzt und die Erwägung sofort von sämmtlichen Votanten erfolgt.

[19] Für erstere die Verhandlung vor dem Instruenten ohne Schriftsätze, für letztere das (meines Erachtens zu wenig benützte) Verfahren, welches §. 18, Abs. 2 der Justiznovelle darbietet, sofern an der zur Verhandlung bestimmten Tagfahrt einfache schriftliche Erklärungen als Grundlage der mündlichen Verhandlung übergeben werden können. Sind Klage und Vernehmlassung auch schriftlich zuzulassen, so ist doch regelmäßig das erhebliche Vorbringen seinem größten Umfange nach mit der Replik erschöpft: tritt deßhalb bereits mit Abgabe dieser eine nicht bloß formelle richterliche Leitung ein, so ist die Gewinnung einer bestimmten, klaren und erschöpfenden thatsächlichen Grundlage für die Entscheidung angebahnt, während bei schriftlicher Replik und Duplik die ergreifende Leitung des Gerichts zu spät und auch meist mit vermindertem Eifer stattfindet.

Digitized by Google

Das Verhalten des Instruenten soll hiedurch die Möglichkeit gewähren, daß die Rechtspflege die Aufgabe erfülle, über diejenigen Thatsachen, welche die Parteien in Wirklichkeit geltend machen wollen, ihren Spruch zu geben. Die Mündlichkeit erscheint nun gleichfalls als das Hauptmittel, das von den Parteien beabsichtigte Vorbringen zu voller Klarheit in dem von den Parteien hiemit verbundenen Sinne zu bringen; sie vermittelt dieses sofort sämmtlichen erkennenden Richtern und liegt gerade in der kollegialischen Verfassung das Correktiv für einseitige Handhabung der bei Mündlichkeit noch weiter vorhandenen Mittel zur Erlangung einer tüchtigen faktischen Grundlage.

Unser mild richterliches Verfahren, welchem auch die Erweiterung einer Zulässigkeit einer mutatio libelli nicht so ferne liegt (IV. Edikt §. 126) macht uns noch weiter besonders geeignet, die mündliche Verhandlung als die Grundlage des Prozesses anzuerkennen.

Schwer läßt sich hiemit allerdings die Herstellung vollständiger Aktenmäßigkeit, welche insbesondere wegen des Verfahrens in zweiter Instanz gewünscht werden könnte, verbinden, doch ist hiebei die Aufnahme des Thatbestandes in das Urtheil durch das Gericht ein sehr bedeutendes Surrogat, dessen Werth noch erhöht werden könnte, sofern bei besonders verwickelten Rechtsstreitigkeiten eine ausdrückliche Anerkennung des Thatbestands durch die Parteien vor der Urtheilsfällung stattfinden würde.

Gegenstand der Erwägung könnte auch bilden, ob die Gerichtsschreiber nicht zugleich stenographische Fertigkeit zu besitzen haben, was namentlich bei Beweisaufnahmen vor dem vollständig besetzten Gerichte erwünscht seyn könnte.

Eine Schwierigkeit von der Bedeutung, deßhalb das Prinzip der Mündlichkeit überhaupt aufzugeben, liegt hierin jedenfalls nicht und spricht hiefür auch die Erfah-

Digitized by Google

rung in Hannover.[20] Nur eine Beschränkung der Mündlichkeit hinsichtlich weitläufiger Beweisaufnahmen kann hiedurch entstehen und, so sehr dieß zu beklagen ist, so ist doch die sonstige Festhaltung von Mündlichkeit dem gänzlichen Mangel von solcher vorzuziehen.

Im engen Zusammenhange mit dem Grundsatze der Mündlichkeit steht

B. die Oeffentlichkeit.

Besteht erfahrungsgemäß das regelmäßige Publikum meist nur aus auf den gleichen Tag geladenen Parteien und Anwälten, so wird doch ein vortheilhafter Einfluß auf das Verhalten der Parteien und Anwälte, sowie auf das Verhältniß des Gerichts zu den Anwälten gerühmt, sofern muthwillige Streitsucht, chikanöses Benehmen auch hieran einen Damm findet, und die Richter eben so sehr von einem sonst leicht eindringenden cordialen, als von einem schroffen Verhalten zu den Parteien abgehalten, überhaupt äußere anständige Formen aufrecht erhalten werden.

Die Regel bildet Zulassung von erwachsenen Personen zu den Sitzungen der erkennenden Gerichte, außer

a) bei Verletzung der Sittlichkeit durch die Oeffentkeit der Verhandlung;

b) bei übereinstimmendem Antrag der Parteien, in Folge dessen das Gericht nach vorgängiger Anhörung der Staatsanwaltschaft die Oeffentlichkeit ausschließen kann;

c) bei einzelnen Akten, wie Beweisaufnahme außerhalb des Gerichtslokals.

Der Ausschluß der Oeffentlichkeit wird nur selten verfügt.[21]

---

[20] Leonhardt, Civilprozeßverfahren, S. 64, 175 ff.

[21] Von 20,043 bei den Obergerichten vom 1. Jan. 1855/59 anhängigen Sachen in 36 Fällen, zu vergl. Leonhardt, Civilprozeßverfahren, S. 38 ff.

Digitized by Google

Von wesentlicher Bedeutung ist

C. die Stellung des Gerichts zu dem Vorbringen der Parteien,

die Frage, ob Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime besteht, oder vielleicht angemessener die Frage über die ergänzende Thätigkeit des Gerichts.

Hiebei liegen an sich dem hannover'schen Prozesse die Prinzipien der Verhandlungsmaxime, zum Theil selbst in erhöhtem Maße zu Grunde, allein der Grundsatz der Mündlichkeit führt von selbst zu umfassenderen Befugnissen hinsichtlich der Prozeßleitung bei der Verhandlung, um so mehr, als der Hauptzweck, die Herstellung eines klaren Faktum für die Urtheilsfällung, nicht durch eine rein formelle Direktion sich erreichen läßt.

Der den Parteien überlassene Wirkungskreis ist zwar äußerlich umfangreicher; insbesondere ist das vorbereitende Verfahren wesentlich Sache der Parteien, in Beziehung auf Erstreckung der Gerichtsbarkeit ist ihnen ein größerer Spielraum eingeräumt, auf eine Prüfung des Punkts der Bevollmächtigung ist regelmäßig nur in Folge von Anregung der Parteien einzugehen, eine Versäumniß selbst von Nothfristen kann durch Zustimmung der Gegenpartei gehoben werden. Der Grundsatz, daß die richterliche Thätigkeit auch nach Erhebung der Klage durch das Anrufen der Parteien bedingt ist, hat somit selbst gegenüber von dem gemeinen Prozeß ein größeres Gebiet, allein so weit die richterliche Thätigkeit eintritt, ist sie eine intensivere. Dem Gerichte, beziehungsweise dem Vorsitzenden ist die Anordnung der Trennung der Verhandlung über einzelne Punkte, sowie die Fortsetzung der Verhandlung durch Anberaumung der hiezu erforderlichen weiteren Termine gestattet; nicht stets ist accusatio contumaciae erforderlich.

Von höchster Bedeutung ist aber das richterliche Fragerecht. Dieses ist im gemeinrechtlichen Prozesse an sich beschränkt, und, soweit zulässig, in Folge des schriftlichen Verfahrens faktisch sehr wenig in Anwen-

Digitized by Google

dung gebracht,[22] dient aber im mündlichen Verfahren als Hauptmittel für die Gewinnung einer klaren Auffassung der thatsächlichen Verhältnisse, für die Erlangung bestimmter Behauptungen und sichere Feststellung des Bestrittenen, für die Beseitigung von blos schillerndem Vorbringen.

Sein Gebrauch ist nothwendig ein beschränkterer bei dem bloß mündlichen Schlußverfahren, sofern auch hier leicht der Benützung desselben oder des Ergebnisses der Ausschluß mit dem betreffenden Vorbringen entgegenstehen kann und liegt hierin gleichfalls ein Hauptgrund gegen die Beschränkung der Mündlichkeit.

---

[22] Grundsätze, welche hinsichtlich des Fragerechts für ein mündliches und nicht streng in Fristen verlaufendes Verfahren gelten, sind nicht ohne Weiteres übertragbar auf ein Verfahren, welches die Stellung des Richters im Allgemeinen gleich auffaßt, aber eine bestimmtere Ordnung für das Parteienvorbringen vorschreibt. Finden wir daher auch noch die ein ausgedehntes richterliches Fragerecht anerkennenden Bestimmungen des römischen und kanonischen Rechts — l. 21. D. de interrog. (11,1.) c. 9. Cod. de jud. (3, 1.) c. 10. X. (2, 22.) c. 2. Cl. (5, 11.) — bei den italienischen Juristen und auch bei deutschrechtlichen vor vollständiger Entwicklung des reichskammergerichtlichen Prozesses (Tancred III 3, §. 2. Duranti spec. II. 1. Nr. 6. Maranta II. Nr. 188. Perneder, bürgerlicher Prozeß, Bl. 56 b) als geltendes Recht angenommen, so ist dieses doch nicht mehr der Standpunkt des gemeinen Rechts. Das Fragerecht ist hier zwar nicht, wie in neuester Zeit Wetzell, Civilpr. S. 337 f., N. 46. annimmt, bei schriftlichen und eben hiemit formell abgeschlossenen Vorträgen ganz ausgeschlossen, aber doch auf Erläuterung des von den Parteien dunkel oder unbestimmt Vorgetragenen dahin beschränkt, daß diese nur so weit zulässig ist, als die Partei selbst auch ohne richterliche Aufforderung die von ihr verlangte Erklärung noch hätte abgeben können. Daß, wenn die Anwendung eines Rechts nur geringe Resultate hervorzubringen vermag und zugleich in Formen (wie Vernehmung der Parteien) zu vollziehen wäre, welche von dem gewöhnlichen Geschäftsgange abweichen, dieses Recht bloß auf dem Papiere steht, bestätigt auch Zink für die bayerische Rechtsübung, trotz der durch die bayerische Gerichtsordnung erweiterten Berechtigung. Die Bedeutung des Fragerechts im mündlichen Verfahren ist in Hannover durchaus anerkannt. Zu vergl. Leonhardt, S. 97 ꝛc.

Digitized by Google

Eine ergänzende Thätigkeit des Gerichts ist an sich in dreifacher Weise denkbar:

1) Sofern das thatsächliche Material über das Vorbringen der Parteien hinaus erweitert wird.

2) indem für die von den Parteien vorgetragenen oder durch den Richter ergänzten Thatsachen Beweismittel, welche von den Parteien selbst nicht angezeigt sind, zur Geltung gebracht und die angezeigten möglichst vollständig benützt werden.

3) Sofern das in rechtlicher Beziehung aus den Thatsachen zu Folgernde, auch soweit dasselbe nicht ausdrücklich von den Parteien hieraus abgeleitet ist, zu beachten ist.

In letzterer Hinsicht ist auch nach hannover'schem Prozesse den Parteien Alles zuzuerkennen, was ihnen nach dem Ergebnisse der Verhandlung zukommt und worauf sie nicht Verzicht geleistet haben, wenn auch nur im Allgemeinen darum gebeten seyn sollte; jedoch wird im Begehren der Hauptsache zwar das der Prozeßkosten, nicht aber das sonstiger Nebenforderungen als enthalten betrachtet.

Dagegen kennt zu 1) der hannover'sche Prozeß außer dem nur mittelbar zu einer Ergänzung des Vorbringens führenden Fragerechte keine richterliche Thätigkeit und sind auch zu 2) nur in einzelnen Punkten die Bestimmungen des gemeinrechtlichen Prozesses verbessert, beziehungsweise in dem eine freiere Bewegung des Richters enthaltenden Sinne angenommen: Einnahme von Augenschein und Zuziehung von Sachverständigen findet von Amtswegen statt, Zeugen werden nicht auf Artikel, sondern in der vom Richter angemessen erachteten Weise vernommen; wiederholte Vernehmung und Berichtigung von Aussagen der Auskunftspersonen ist sehr erleichtert; Verwerfung gänzlich unfähiger Zeugen tritt von Amtswegen ein, sofern Thatsachen aus gerichtlichen Vorträgen hervorgehen oder gerichtskundig sind; die Pflicht zur Edition

Digitized by Google

von Urkunden ist eine erweiterte, für beide Parteien bestehend. (§. 311.) Ist hiernach die ergänzende Thätigkeit des Gerichts zu 1) und 2) eine beschränkte dem bestehenden württembergischen Prozesse gegenüber, so ist doch zugleich zu erwägen, daß das bezirksgerichtliche Verfahren des letzteren auf die Möglichkeit einer Verhandlung ohne Anwälte gebaut ist, und daß faktisch weniger die richterliche Thätigkeit, so weit sie von den Parteien selbst nicht vorgebrachte Thatsachen und Beweismittel herbeizieht, als vielmehr dieselbe, insofern sie das von den Parteien in Wirklichkeit theils von freien Stücken, theils auf Aufforderung Vorgebrachte ordnet und als Faktum für den einzelnen Fall gestaltet, in Betracht kommt.

Bei einem Verfahren mit Anwälten tritt die Nothwendigkeit einer ergänzenden Thätigkeit überhaupt in Hintergrund und der Einfluß auf die Gestaltung des Faktum, soweit er in Wirklichkeit heilsam ist, und nicht in einem Ueberwuchern der richterlichen Thätigkeit besteht, bleibt namentlich in dem richterlichen Fragerechte erhalten.

Der Mangel einer noch größeren Erweiterung der richterlichen Ergänzungsbefugniß wird bei mündlichem Verfahren, welches doch zugleich einen Schutz gegen Chikanen bildet, weniger fühlbar werden, und wird hier die Beiziehung von weiteren Gerichtsakten, welche bei schriftlichem Verfahren Widerspruch finden würde, anstandlos von den Parteien genehmigt werden, sofern der Anschein jeder unredlichen Prozeßführung vermieden wird.

Die im französischen Rechte von dem Richter geübte Befugniß, in Wirklichkeit von den Parteien vorgetragene Thatsachen, als nicht ernstlich vorgebracht ꝛc., nicht zu berücksichtigen,[23] wird sich zu einer Uebertragung in dieser Weise nicht empfehlen, vielmehr besteht gerade ein Hauptvorzug des richterlichen Fragerechts darin, daß

[23] Zink, a. a. O. S. 149 ff.

Digitized by Google

durch einen hievon gemachten Gebrauch alle vagen, innerlich unwahrscheinlichen Behauptungen möglichst beseitigt werden. Ein so freies, ungebundenes, richterliches Ermessen führt, wenn auch im einzelnen Falle der Beachtung Unwürdiges abgeschnitten wird, leicht zu Willkührlichkeiten, dagegen liegt die Berücksichtigung der Unwahrscheinlichkeit bei an sich miteinander im Widerspruch stehendem Vorbringen schon bisher der württembergischen Praxis nicht fern.[24] Auch ist nicht ausgeschlossen, in einzelnen Gebieten, in welchen die tägliche Erfahrung dem Richter gleichfalls die nöthige Kenntniß verschafft, namentlich bei Festsetzung der Größe von Forderungen, dem Richter einen weiteren Spielraum einzuräumen.[25]

An das bisher erörterte schließt sich enge an

D. Die Eventual-Maxime.

Hiebei kommt ihre Geltung in doppelter Beziehung in Betracht, sofern sie einen Zwang, theils hinsichtlich des Vorbringens der Parteien, theils hinsichtlich des richterlichen Verfahrens und Urtheils begründet.

In erster Hinsicht bestehen für das erste Verfahren folgende Vorschriften:

1) Vor der Einlassung sind sämmtliche verzögerliche Einreden, welche das Gericht, die Parteien oder die prozessualische Geltendmachung des Anspruchs betreffen, unter gleichzeitigem Beweisantritte, vorzubringen; sie allein befreien von der Einlassung und gehen, soweit Verzicht möglich ist, bei nicht sofortiger Geltendmachung verloren.

2) Die verneinende Einlassung hat speziell in Verbindung mit den zerstörlichen und den Anspruch selbst betreffenden verzögerlichen Einreden zu erfolgen. Der Verlust der letzteren, wie der Repliken ꝛc. tritt mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung ein, so daß die mündliche Parteiverhandlung, selbst wenn sie äußerlich

[24] Berner-Schäfer, württ. Civilprozeß, S. 318, 319.

[25] §. 238 der hannover'schen Proz.-Ord. Zink, a. a. O. S. 563 ff.

Digitized by Google

in mehrere getrennte Akte zerfällt, als ein Akt erscheint.

Die Hinausrückung des Zeitpunkts auf den Schluß der mündlichen Verhandlung ist ganz nöthig, wenn die Verhandlung ihre Aufgabe, ein nach allen Seiten klares Faktum herzustellen, erfüllen soll.[26]

Behufs der Geltendmachung von ausgeschlossenen Vorbringen in derselben Instanz sind nach diesem Zeitpunkte die Voraussetzungen der Restitution gegen Erkenntnisse — regelmäßig neu entdeckte Thatumstände — nöthig, während im Wege der Berufung auch ohne diese Voraussetzungen neue Einreden ꝛc. geltend gemacht werden können.

Die Präklusion wirkt somit nur für die betreffende Instanz,[27] jedoch können, wenn durch Ungehorsamsurtheil Einreden, Repliken, Dupliken ausgeschlossen sind, zu diesen gehörige Vorbringen im Wege der Berufung nur geltend gemacht werden, wenn die Voraussetzungen der Restitution gegen Erkenntnisse (neu entdeckte Thatumstände) vorliegen. Die Beschränkung der Präklusion setzt hiemit regelmäßig voraus, daß die Parteien bei den Verhandlungen vertreten waren, daß ihrem Vorbringen nur die Vollständigkeit mangelte.

Im Beweisverfahren sind sodann sämmtliche Beweismittel an die Beweisfrist gebunden; ein nachträgliches Vorbringen solcher in derselben Instanz ist nur gestattet, wenn sie an die Stelle eines vorgebrachten, aber ohne Schuld des Beweisführers verloren gegangenen, Beweismittels gesetzt werden, oder die Voraussetzung der Restitution — regelmäßig neu entdeckte Beweismittel — vorliegen.

[26] Wenn in einer Streitsache die Verhandlung ausgesetzt wird und bei dem zweiten Termin eine Partei ungehorsam ist, so wird ihr früheres Vorbringen noch beachtet, s. hierüber O.-G.-Ass. Plank, Deutsche Gerichtsz., S. 170.

[27] Bei ausnahmsweisem schriftlichem Verfahren bildet der Schluß der schriftlichen Verhandlung jedenfalls den Grenzpunkt, wenn nicht bereits früher der Ausschluß mit dem betreffenden Vorbringen stattfindet.

Digitized by Google

Jedoch wirkt auch hier die Präklusivfrist unter der oben bezeichneten näheren Bestimmung bloß in derselben Instanz.

Das richterliche Verfahren ist durch Ausflüsse der Eventualmarime wenig beengt; der Richter kann die mündliche Verhandlung verschiedener Streitpunkte, oder Aufnahme verschiedener Beweise trennen oder verbinden, insbesondere bei mit dilatorischen prozeßhindernden Einreden verbundener Einlassung die ersteren oder die Hauptsache zuerst erledigen.

Für unser Verfahren, welches viele dilatorisch prozeßhindernde Einreden bereits der Prüfung des Richters von Amtswegen unterstellt, die Präklusivfrist für das thatsächliche Vorbringen im bezirksgerichtlichen Prozesse bis zum Ablaufe der Beweisfrist hinaus rückt, die Berücksichtigung von neuen Thatsachen und Beweismitteln in der Appellationsinstanz umfassend gestattet, sind die Grundsätze des hannover'schen Prozesses keine wesentlich fremden. Die größere Erweiterung des richterlichen Ermessens gegenüber den Vorschriften des §. 66 des IV. Edikts findet seine hinreichende Begründung in dem Grundsatze der Mündlichkeit; die Ausdehnung der Beweisfrist auf sämmtliche Beweismittel ist bei einem Verfahren mit Anwälten nicht unangemessen. Die Fragen, welche sich aufwerfen, beziehen sich hauptsächlich auf das Vorbringen der Parteien. Einerseits könnten hiebei die Vorschriften zu strenge erscheinen, sofern

a) noch weitere Einreden, insbesondere vollständig bewiesene oder doch sofort liquide den Anspruch betreffende, als von der Einlassung befreiend, erklärt werden und

b) die Restitution bei bekannten Einreden und Beweismitteln, deren Vorbringen versäumt wurde, gewährt werden sollte.

Allein ein besonderes Bedürfniß besteht doch nicht in erster Hinsicht, sofern der Richter ja berechtigt ist, Tren-

Digitized by Google

nung der Verhandlung zu verfügen und diese auf das voraussichtlich ausschließlich Zulängliche zu beschränken. Der zweite Punkt steht aber im engsten Zusammenhang mit der Behandlung des Ungehorsams überhaupt, welche eine dem französischen Prozesse ähnliche, diesem eigenthümliche ist.

Andererseits kann aber die für die allgemeine Organisation des Verfahrens noch wichtigere Frage entstehen, ob die Vorschriften nicht zu lax sind, ob namentlich die Beschränkung des Ausschlusses mit den nicht vorgebrachten Thatsachen und Beweismitteln auf die betreffende Instanz nicht bewirken wird, daß der Ausschluß zu wenig geachtet wird, kein erschöpfendes Vorbringen in erster Instanz stattfindet, und eben hiemit der Schwerpunkt des Verfahrens von der I. in die II. Instanz verrückt wird. Diese Besorgniß ist jedoch wohl unbegründet, ein absichtliches Unterlassen der Geltendmachung von für erheblich erachteten Thatsachen oder Beweismitteln, oder eine weniger sorgfältige Instruktionseinholung von den Parteien ist gerade bei dem mündlichen Verfahren weniger zu befürchten, die Entscheidung des ersten Richters hat hiebei bereits durch sich größere Bedeutung: die Würdigung der Beweisfrage enthält mehr zugleich einen Ausspruch über das innerliche Begründetseyn der Thatsachen; das Neue, welches nicht von Neuem entdeckt ist, ruft hiebei schon mehr den Eindruck einer weiteren Ausflucht hervor. Zugleich kann durch Bestimmungen, wie Verbindlichkeit zur Kostentragung auch im Fall des Obsiegens in II. Instanz (§. 47, 427 der hannover'schen Prozeßordnung) dem Widerstreben entgegengetreten werden.

Die Rücksicht auf die Vollständigkeit des Vorbringens in erster Instanz genügt somit für sich allein noch nicht, die Zulässigkeit von Nova in der Appellationsinstanz auszuschließen, wenn diese sonst begründet ist.

Dieselbe würde mittelbar für die Beweismittel hinwegfallen, wenn die Beweisfrage überhaupt keiner

Digitized by Google

Appellation unterliegen soll. Allein die Beweisfrage keiner weiteren Prüfung zu unterstellen, ist zu weit gegangen. Nicht bloß die Parteien, sondern auch der Richter haben nach gegebener Entscheidung häufig ein schärferes Urtheil über Licht- und Schattenseiten der Entscheidung: das Erkennen einer II. Instanz ist deßhalb an sich, selbst die gleiche intellektuelle Befähigung des Richters I. Instanz vorausgesetzt, ein gereifteres, die ganze Sachlage mehr übersehendes.

Ist Appellation auch hinsichtlich der Beweisfrage zuzulassen, so ist ebenso die Befugniß, neue Beweismittel und neue Thatumstände, welche keine Klagänderung enthalten, vorzubringen, wohl begründet. Der Umstand, daß über die Nova nur eine Instanz erkennt, ist kein Hinderniß, weil überhaupt nicht erzwingbar ist, daß sämmtliches oder doch das gleiche Streitmaterial in beiden Instanzen seinem ganzen Inhalte nach gewürdigt wird. Jedenfalls würde hieraus nur die Berechtigung zu weiterer Berufung abzuleiten seyn, wenn Nova als entscheidend angenommen werden.

Auch bei dem mündlichen Verfahren trifft aber zu, daß die Parteien nach ergangener Entscheidung schärfer die Mängel der Beweisführung, die Erheblichkeit von Thatsachen, denen ein besonderes Gewicht beigelegt wird, erkennen. In dem mündlichen Verfahren selbst ist ein weiterer Grund für Zulassung von Nova zu entnehmen, sofern Beschränkung auf das allein für erheblich Erachtete hier durch die Rücksicht auf einleuchtendere Behandlung des Letzteren hervorgerufen seyn kann, die für untergeordnet gehaltenen Punkte deßhalb gar nicht, oder nicht mit der erforderlichen Vollständigkeit geltend gemacht werden.

Nach den in Hannover gemachten Erfahrungen hat auch die Zulassung von Nova zu keinen Unzuträglichkeiten geführt.[28]

[28] Leonhardt, Civilprozeßverfahren, S. 159, 160, 163. Ein-

Mit der bisher erörterten Eventualmaxime stehen in nächster Beziehung die Grundsätze über

E) den Ungehorsam.

In ihnen liegt zugleich die Vollziehung der Eventualmaxime. Dieselben bestehen in Folgendem:

1) Der Eintritt der Folgen der Versäumniß einer Prozeßfrist, welche in Ermanglung einer besonderen Bestimmung in Ausschluß mit der betreffenden Handlung und Verpflichtung zur Erstattung der Kosten bestehen, findet regelmäßig statt

a) ohne vorgängige Androhung der Folgen kraft des Inhalts des Gesetzes;

b) ohne accusatio contumaciae.

Ausgenommen sind zu b) u. A. Ungehorsamsverfügungen, welche dem Einspruche unterliegen. Hier ist Nachholung der versäumten Handlung bis zur Stellung des Antrags möglich und Ausspruch der gesetzlichen Nachtheile durch besondere Verfügung nöthig, falls nicht die Sache zum Beweisinterlokut oder zur Endentscheidung reif ist.

2) Die Folgen der Versäumniß können aufgehoben werden

a) abgesehen von dem oben erwähnten Nachholen des Versäumten durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche jedoch nur unter den Voraussetzungen der Restitution gegen Erkenntnisse, somit nur höchst beschränkt, ertheilt wird;

b) durch Einspruch, jedoch nur in den gesetzlich bestimmten Fällen, zu welchen im Allgemeinen alle Contumazialverfügungen, wodurch die Hauptsache oder ein Nebenpunkt (Kautionsleistung ꝛc.) definitiv erledigt wird, sodann insbesondere das Beweisverfahren betreffende Ungehorsamsverfügungen — Ausschluß mit Beweisantretung ꝛc. gehören.

Eine dem Einspruch unterliegende Ungehorsamsver-

zelne Gerichtsvorsitzende verlangen nur die oben erwähnte Zulässigkeit einer Oberberufung, wenn auf Grund von Nova erkannt wurde.

Digitized by Google

fügung hat innerhalb bestimmter kurzer Frist — regelmäßig in amtsgerichtlichen Sachen eine, sonst zwei Wochen von der hier an die Partei selbst erfolgenden Behändigung der Verfügung an — nur eine provisorische Wirksamkeit, nach Ablauf der Frist aber einen Bestand, welcher nur unter sehr großen Einschränkungen außer Wirkung tritt.

Außerordentlicher Weise steht nämlich der ungehorsamen Partei bei Unmöglichkeit der Wahrung der bezeichneten Frist in Folge von Abwesenheit, schwerer Krankheit oder anderen unabwendbaren Verhinderungen eine weitere Frist zu, übrigens nie länger, als zwei Jahre von der Behändigung an und nur bis zum Ablaufe von einer, beziehungsweise zwei Wochen seit Beseitigung des Hindernisses.

Die Erhebung des Einspruchs erfolgt durch die Mittheilung schriftlicher Anträge von Seiten der ungehorsamen Partei an den Gegner, welche zum Mindesten die Erklärung, Einspruch erheben zu wollen, verbunden mit der Aufforderung an den Gegner, an dem vom Vorsitzenden bestimmten Tage zu erscheinen, enthalten. Behufs der Hervorrufung des Suspensiveffekts müssen sie regelmäßig noch einen weiteren Inhalt[29] haben.

Die Wirkung des Einspruchs ist die Versetzung des Rechtsstreits in die Lage, in welcher er sich vor dem Zeitpunkte des Ungehorsams befand. Das Gericht ist an die Ungehorsamsverfügung in keiner Weise gebunden, kann sie bestätigen, ganz oder theilweise abändern, wobei nur auch im letzteren Falle die Kosten der ungehorsamen Partei zur Last fallen.

Im Falle einer den Einspruch zulassenden Verfügung ist Berufung nur zur Hauptsache statthaft, dagegen ist

[29] Stellung der Anträge in der Hauptsache oder Bezugnahme auf dieselben; bei außerordentlichem Einspruche, Angabe der besonderen Gründe und der hiefür geltend zu machenden Beweismittel.

Digitized by Google

Berufung gegen eine den Einspruch für unstatthaft erklärende Verfügung zulässig.

Berufung gegen die (ursprüngliche) Ungehorsamsverfügung ist nur zulässig, sofern die Beschwerde darauf gestützt wird, daß die Ungehorsamsverfügung, ganz abgesehen von Ungehorsam und dessen prozessualischen Folgen, der rechtlichen Begründung ermangle (z. B. das Klaggesuch an sich unbegründet ist).

Gegen eine zweite Ungehorsamsverfügung ist von Seiten der betreffenden Partei Einspruch nicht weiter zulässig.

Die Einrichtung des Einspruchs behandelt anscheinend den Ungehorsam sehr lax, aber sofern eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche nur auf unverschuldete Fristversäumniß gestützt ist, ausgeschlossen wird, doch wieder strenge. Eine Beschränkung solcher Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird bei dem mündlichen Verfahren, bei welchem ein Zurückgehen auf ein früheres Stadium mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, gerechtfertigt seyn, und kann hiebei insbesondere eine Beschränkung hinsichtlich der Zeit des Anbringens derselben in Betracht kommen; allein es entsteht sodann die Frage, ob hiebei das Institut des Einspruchs noch nothwendig ist, ob die allgemeine Anfechtbarkeit der Ungehorsamsverfügung nicht zu weit geht.[30]

Mit den bisherigen Grundsätzen steht im engsten Zusammenhange die Frage, ob und in wie weit die nach ihnen von den Parteien zu erfüllenden Aufgaben durch sie allein vollzogen werden können,

F. die Fähigkeit der Parteien, vor Gericht selbst zu handeln.

Die Parteien vermögen den ihnen obliegenden Auf-

[30] Bei den Obergerichten Hannover's verhielt sich im Zeitraum vom 1. Jan. 1855/59 die Erhebung des Einspruchs zu den Ungehorsamsurtheilen wie 1:7⅘; bei dem Oberappellationsgerichte wurde bei 82 Ungehorsamsurtheilen gegen 70 Einspruch erhoben. Leonhardt, Civilprozeßverfahren, S. 138 ff.

Digitized by Google

gaben nachzukommen, wenn diese, wie bei den Amtsgerichten, an sich ermäßigt sind und ihnen hiebei eine richterliche Unterstützung zu Theil wird. Eben deßhalb sind hier die Parteien für sich zu verhandeln befugt.

Bei den Obergerichten und dem Oberappellationsgerichte ist dagegen stets Vertretung durch einen bei dem betreffenden Gerichte angestellten Anwalt nöthig, es würde denn eine Partei juristisch geprüft seyn und am Gerichtsorte wohnen.

Hiebei ist jedoch jede Partei berechtigt, bei der mündlichen Verhandlung ihre Sache vor Gericht vorzutragen, sofern nach der Ansicht des Gerichts nicht Unkunde sie hindert, die Sache mit Verständlichkeit vorzutragen. Ermächtigt zum Vortrage für Andere sind sodann noch Advokaten, Verwandte, Ehegatten, Streitgenossen, bei Amtsgerichten jeder Bevollmächtigte, nur nicht zur Praxis unbefugte Personen, welche aus den mündlichen Vorträgen vor Gericht ein Gewerbe machen, unsere sogenannten Entenmaier.

Das Gericht vermag das persönliche Erscheinen der Parteien aus besonderen Gründen zu erzwingen, und es befreien von dem Erscheinen in Person nur erhebliche Verhinderungsgründe. Uebrigens ist gegen die Auflage des persönlichen Erscheinens eine Beschwerde wider das Gericht zulässig.[31]

Der Unterschied zwischen Advokat und Anwalt besteht in anderer Weise, als im französischen Recht der von Avocat und Avoué.

---

[31] Das französische Recht kennt neben dem Verlangen des persönlichen Erscheinens der Parteien, welches auch dort hochgeschätzt wird, (Boitard, leçons, I. S. 221) ein Institut der „interrogatoire sur faits et articles", wobei die Thatsachen, worüber sich zu erklären ist, von dem Antragsteller und im Urtheile genau zu bezeichnen sind und das letztere wenigstens 24 Stunden vor der wirklichen Fragestellung der betreffenden Person einzuhändigen ist. Dieses Institut hat keinen besonderen Werth.

Digitized by Google

Die Anwälte sind an einem Obergerichte oder dem Oberappellationsgerichte in der Weise bestellt, daß nur sie die zur Regelmäßigkeit des Verfahrens erforderlichen Anträge und Handlungen vorzunehmen haben, ihnen die Mittheilungen der Gegenseite zu machen und die gerichtlichen Verfügungen zuzustellen sind. Der mündliche Vortrag kann sodann nicht blos von ihnen, sondern auch von den oben Bezeichneten, insbesondere den Advokaten erfolgen.

Gerade darin, daß die Anwälte zugleich das Recht zum mündlichen Vortrage haben, liegt der Unterschied von dem Avoué des französischen Prozesses, welcher nur ein höchst beschränktes Recht zu plaidiren hat.

In der regelmäßig nothwendigen Beiziehung von Rechtsanwälten liegt allerdings eine bedeutende Abweichung von unserem Verfahren, bei welchem eine an sich gerechte Sache jedenfalls in erster Instanz auch von einer verständigen, nicht rechtsgelehrten Partei zur Durchführung gebracht werden kann. Allein so sicher der Staat die Rechtsverfolgung so zu ordnen hat, daß sie in der That auch zur Verwirklichung des Gesammtwohls dient, so vermag dieß allein noch keinen Grund abzugeben, von Einrichtungen abzustehen, welche an sich für die Regel als die allein für genügenden Rechtsschutz zulänglichen erscheinen.

Als allgemeine Regel ist nur Trennung des Richteramts von der Aufgabe des Anwalts angemessen; auf die organische Trennung beider ist blos dann zu verzichten, wenn die Kosten der Durchführung eines Rechtsanspruchs mit dem Werthe desselben in keinem Verhältniß stehen würden. Hier soll die Möglichkeit gegeben seyn, die Anerkennung des Rechts auf eine verhältnißmäßig einfachere Weise ohne Versäumniß von etwas Wesentlichem an Wahrung der Rechte zur Geltung bringen zu können; auch soll, wenn beide Theile die Erlangung eines Bescheids in einfacheren Formen der Anwen-

Digitized by Google

dung des sonst für Streitgegenstände dieser Art bestimmten Verfahrens vorziehen, dieß ihnen gestattet seyn.

In beiden Beziehungen enthält, wie aus der übersichtlichen Darstellung der Gerichtsverfassung zu entnehmen ist, die hannover'sche Prozeßordnung entsprechende Bestimmungen. Die Amtsgerichte haben insbesondere die Parteien zur Vornahme der ihnen obliegenden Handlungen aufzufordern und sie über die im Unterlassungsfall eintretenden Rechtsnachtheile zu belehren.[32]

III. Das Verfahren selbst in seinen Hauptzügen.

Das Verfahren, welchem eine Sühneversuch vor dem Amtsgerichte auf Antrag des Klägers vorhergehen kann, aber nicht muß, theilt sich sehr bestimmt in ein erstes und ein Beweis-Verfahren. Die Darstellung hat deßhalb zunächst den Inhalt des ersten Verfahrens, den Uebergang zum Beweisverfahren, dieses selbst, die Rechtsmittel und schließlich die Exekution zu geben.

A. Inhalt des ersten Verfahrens.

Denselben können wir mit Obergerichtsassessor Plank dahin bezeichnen: „Die blos juristische Bezeichnung der Prozeßrechte, auf welche die Parteien sich stützen wollen, genügt nicht, vielmehr müssen die Thatsachen, aus denen dieselben folgen sollen, angegeben und muß dabei in der Spezialisirung und Zergliederung derselben so weit zu-

[32] Eine ähnliche Frage bildet, ob Appellation an demselben Gericht (bei Urtheilen des kleinen Senats eines Obergerichts durch Zug an den großen Senat) verfolgt werden solle. Wohl nur die Rücksicht auf die verhältnißmäßig geringere Größe des Streitgegenstands, welche auch bisher in einzelnen Ländern zum Institute der Revision, statt dem der Appellation geführt hat, könnte rechtfertigen, daß die Prüfung des erstrichterlichen Erkenntnisses durch eine, wenn auch anders besetzte Abtheilung des gleichen Gerichts erfolgt. Die Möglichkeit der Beibehaltung derselben Anwälte, die leichtere Herbeischaffung der Beweismittel und die Kostenverminderung könnten gegenüber von den Nachtheilen, welche eine solche Einrichtung durch Erweckung von Mißtrauen der Parteien, durch Störung der koordinirten Stellung der Gerichtsmitglieder hat, in Betracht gezogen werden. Dennoch wäre wohl der Appellationszug an ein benachbartes Obergericht vorzuziehen.

Digitized by Google

rückgegangen werden, daß einerseits über die Identität kein Zweifel obwalten und andererseits der Richter beurtheilen kann, ob das behauptete Recht durch die behaupteten Thatsachen begründet werde."

Der Kläger darf sich nicht darauf beschränken, nur ein bestimmtes Rechtsverhältniß zu behaupten und die hieraus folgenden Konsequenzen als Gesuch geltend zu machen, vielmehr muß er sämmtliche zur Erstehung des Rechtsverhältnisses erforderlichen Thatsachen konkret anführen. Hievon besteht nur eine Ausnahme für dingliche Klagen, bei denen, außer denjenigen aus dem Pfandrechte, es der Angabe des Erwerbgrunds des dinglichen Rechts nicht bedarf, jedoch der Beklagte im Wege verzögerlicher Einrede die Angabe verlangen kann.

Eine Verpflichtung, nicht blos die unmittelbar erheblichen (den Anspruch der Klage begründenden oder aufhebenden), sondern auch die mittelbar erheblichen Thatsachen — diejenigen, welche einen Schluß auf die ersteren zulassen — vorzubringen, besteht weder direkt noch indirekt, sofern insbesondere die Beweismittel mit Angabe der durch dieselben zu erweisenden Thatsachen nicht zu bezeichnen sind. Nur eine Berechtigung zur Anticipation der Beweismittel besteht für die Parteien, welcher jedoch blos bei dem Urkundenbeweis die Verpflichtung des Gegners, seine Erklärungen abzugeben, entspricht.[33]

B. Uebergang zum Beweisverfahren.

Diesen vermittelt das Beweis-Interlocut, welches Beweissatz, Beweislast, Beweistermin und die Wirkung des Beweissatzes auf die endliche Entscheidung so bestimmt, wie die Lage der Sache es gestattet, auszusprechen hat.

Seine Erlassung kann, abgesehen davon, daß bereits am Schlusse des ersten Verfahrens sämmtliche erhebliche Thatumstände festgestellt sind, nur dadurch beseitigt wer-

[33] §. 134 ff., 200, 220, 327 ff. der bürgerl. Pr.-O.

Digitized by Google

den, daß die Parteien ausdrücklich erklären, weitere Beweise nicht vorbringen zu wollen.

Das Beweis-Interlocut ist für den Richter, welcher es erlassen hat, verbindlich, unterliegt aber der Berufung, welche jedoch nicht sofort nach seiner Verkündigung, sondern nur als vorbehaltene[34] ergriffen werden kann.

Bei der Frage: Was hat den Inhalt des ersten Verfahrens zu bilden und wie ist der Uebergang von ihm in das Beweisverfahren zu vermitteln? sind drei Systeme möglich, welche selbst wieder in verschiedener Weise zur Ausführung gebracht werden können.

I. Den Uebergang hat ein Beweis-Interlocut zu bilden.

Hiebei ist verschiedene Ausführung denkbar

A. hinsichtlich des Inhalts:

1) sofern, wie in dem sächsischen Prozesse, für den Richter blos die Nothwendigkeit vorliegt, Beweis über Klage oder Einrede aufzuerlegen, ohne die Thatsachen, über welche Beweis verlangt wird, genau zu bezeichnen;

2) sofern, wie im gemeinen Rechte, die Thatsachen selbst zu bezeichnen sind;

3) sofern wie im österreichischen gleichzeitig die Zulässigkeit der Beweismittel festzusetzen ist;

4) sofern, wie im französischen Rechte, durch die Erlassung des Beweis-Interlocuts keine präjudizielle Entscheidung in der Hauptsache gegeben, hiemit lediglich nur die Anordnung eines Beweiseinzugs getroffen wird.[35]

Nach dem Inhalte des Beweis-Interlocuts richtet sich auch der nothwendige Inhalt des ersten Verfahrens.

Zu 1) ist nur das Vorbringen der unmittelbar er-

---

[34] Zu vergl. unten.

[35] Diese Bedeutung des Beweisinterlokuts ist zwar in Frankreich durchaus nicht allgemein anerkannt, (zu vergl. namentlich Boitard, leçons de procedure civile, II. S. 38 ff.) allein die Praxis legt ihr keine größere Verbindungskraft bei (Zink, S. 338).

Digitized by Google

heblichen Thatsachen — der konkreten, die Entstehung, beziehungsweise Auflösung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses begründenden — erforderlich.

Zu 2) ist eine Beschränkung hierauf gleichfalls möglich, aber für die Prüfung der Erheblichkeit der zum Beweis zu verstellenden Thatsachen eine detaillirtere Ausführung sehr erwünscht, wenn auch nicht zu erzwingen.

Zu 3) ist dagegen zugleich eine Darstellung der mittelbar erheblichen Thatsachen, welche durch die einzelnen Beweismittel dargethan werden sollen, bei Vermeidung der Nichtberücksichtigung geboten, und liegt, wenn auch eine Bezeichnung der Beweismittel und eine Prüfung ihrer Zulassung nicht verlangt würde, die prinzipielle Bedeutung dieses Beweis-Interlocuts darin, daß dasselbe sich gleichzeitig auf sämmtliches, auch das mittelbar erhebliche Thatsächliche, dessen Berücksichtigung überhaupt in diesem Rechtsstreite bei der Entscheidung stattzufinden hat, erstreckt.

B. Hinsichtlich der Appellabilität:

1) indem diese sofort nach der Eröffnung des Interlocuts stattfindet;

2) indem sie erst bei dem Endurtheile eintritt, aber das es erlassende Gericht an den Inhalt des Interlocuts gebunden ist.

Der Umfang der Rechtskraft bestimmt sich nach der Bedeutung des Inhalts des Interlocuts; der geringste Umfang kommt hiebei dem zu 4) bezeichneten französischen Beweis-Interlocute zu, bei dessen Rechtskraft nur der Beweiseinzug stattzufinden hat, ohne daß aber, selbst wenn der Beweis vollständig gelungen ist, hiemit ausgeschlossen wäre, bei dem Endurtheil die Unerheblichkeit des Beweissatzes anzunehmen.

Hiemit ist nahezu durch das Beweis-Interlocut nicht mehr bestimmt, als

II. durch das den Uebergang vermittelnde Beweisdekret oder Beweisresolut, welches heutzutage regel-

Digitized by Google

mäßig nicht blos die Thatsachen bezeichnet, welche nicht zu beweisen sind (negatives Dekret), sondern die zu beweisenden enthält (positives); das, wenn es auch über die Beweislast eine Bestimmung gibt, weder hinsichtlich des Beweissatzes, noch hinsichtlich der Beweislast ein für das es erlassende Gericht verbindlicher Ausspruch ist.

III. Ein gemischtes System enthält das württembergische Recht, sofern es das Beweisdekret als regelmäßiges Institut aufstellt, das Beweis-Interlocut aber alsdann als zulässig erklärt, wenn anzunehmen ist, daß der Beweis nicht erbracht werden kann (IV. Edikt 124).

Die Frage, welches dieser Systeme das angemessene ist, ist nicht absolut für jedes Verfahren zu entscheiden, vielmehr nur im Zusammenhang mit den Hauptgrundsätzen, auf welchen das Verfahren überhaupt beruht.

Von wesentlichem Einfluß ist hiebei namentlich,

1) ob das Verfahren auf dem Grundsatze der Mündlichkeit oder Aktenmäßigkeit beruht, und in ersterem Falle, in wie weit dieser Grundsatz anerkannt ist;

2) ob Verhandlung oder freie Forschungsmaxime zu Grunde liegt und im ersteren Falle selbst, ob die Verhandlungsmaxime in den Schranken des gemeinrechtlichen Prozesses sich hält, oder mit der Zuthat insbesondere des richterlichen Fragerechts ausgestattet ist.

Bei Aktenmäßigkeit und Verhandlungsmaxime im gemeinrechtlichen Sinne ist der Richter zu entscheiden befugt und verpflichtet, sobald den Parteien genügend Gelegenheit gegeben war, die Thatsachen, welche sie bei der Entscheidung berücksichtigt wissen wollen, vorzubringen. Der Umstand, daß das thatsächliche Material den Parteien erst durch das Beweisverfahren in dem Maße bekannt werden kann, daß ihnen die Fähigkeit zukommt, alles ihren Zwecken Dienliche geltend zu machen, ist hier, sofern andere Rechtsbehelfe möglich sind, zu untergeordnet. Bei Aktenmäßigkeit und freier Forschungsmaxime,

Digitized by Google

gleichgiltig ob dem Gerichte die Hauptthätigkeit oder nur eine ergänzende Thätigkeit zukommt, wird dagegen der letztere Umstand seine selbstständige Berücksichtigung verlangen.

Das Gericht hat im Ganzen eine ergänzende Thätigkeit behufs der Herstellung des Faktums eintreten zu lassen; seine Aufgabe ist hiebei namentlich, die Gestaltung, welche das Faktum überhaupt annehmen kann, bei der Entscheidung berücksichtigen zu können, weil eine Thatsache, welche mit allen ihren Nebenumständen bekannt wird, leicht in einem ganz andern Lichte erscheint, als die ohne solche ganz nackt vorgetragene.

Die nähere Gestaltung erhält aber das Faktum häufig erst durch die Erhebung der Beweismittel, es ist deßhalb nur konsequent, einen bindenden Ausspruch nicht zu geben, vielmehr auch diese Phase der Entwicklung des Faktum noch vor dem Eintritte einer Entscheidung über die Erheblichkeit der Thatsache und die Beweispflicht abzuwarten. Konnte dieses Moment bei der Verhandlungsmarime in Hintergrund treten, weil, soweit die Thatsachen den Parteien bekannt sind, lediglich ihr Verschulden es ist, daß sie bei der Entscheidung nicht beachtet wurden, so kann bei der ergänzenden Stellung des Gerichts, bei der ihm selbst obliegenden Pflicht, die Parteien nach allen möglicherweise erheblichen Schattirungen der Thatsachen zu befragen, ein Verschulden nicht als regelmäßiger Grund der Nichtbeachtung angenommen werden.

Bei Mündlichkeit und Verhandlungsmaxime im gemeinrechtlichen Sinne würde zu den obigen Gründen für Beweis-Interlocut noch der weitere hinzutreten, daß das thatsächliche Vorbringen aus der Erinnerung der Zuhörer tritt, eben deßhalb die Entscheidung sich am angemessensten an den Zeitpunkt anreiht, welcher als der für die Geltendmachung desselben bestimmte erscheint. Sofern sich die Entscheidung nicht unmittelbar an diesen Zeitpunkt anreiht, ist die Verhandlung in bestimmten Grenzen zu wiederholen.

Digitized by Google

Liegt somit in der Mündlichkeit an sich eine Verstärkung der Gründe für das Beweis-Interlocut, so ist dagegen doch bei einer dem Verfahren überhaupt zu Grunde liegenden Tendenz, ein möglichst vollständiges und klares Faktum, als Grundlage der Entscheidung, zu erlangen, seine stetige Nothwendigkeit nicht gegeben. Das Beweis-Interlocut ist auch hier vollständig gerechtfertigt, wenn der Richter am Schlusse des ersten Verfahrens überzeugt ist, daß er das Faktum so beherrscht, daß er eine Gestaltung desselben, welche zur Zeit noch unbedeutend erscheinende Umstände zu wesentlich erheblichen oder die Beweislast alterirenden machen könnte, nicht vermuthen kann.[36]

Hat er diese Ueberzeugung nicht oder doch nicht hinsichtlich der sämmtlichen im Rechtsstreite verfolgten Ansprüche, so ist ein definitives Urtheil über Beweissatz und

[36] Nach meinen Erfahrungen bei dem Spruchkollegium der hiesigen Juristenfakultät war in der Mehrzahl von Fällen ein Beweisinterlokut ganz angemessen, sofern durch seine Erlassung einerseits kein wesentliches Interesse verletzt wurde, andererseits verschiedene zweifelhafte Rechtsfragen ihre definitive Erledigung und der ganze Prozeß einen festeren Gang erhielten. In einzelnen Prozessen, bei welchen das Faktum so zu sagen eine flüssigere Gestalt hatte, wie bei Klagen wegen Beschädigung auf Eisenbahnen, Streitigkeiten zwischen Vermiether und Miether über Grund zur Verlassung der Wohnung ohne Aufkündigung, konnte dem Beweisinterlokute selbst nicht die Bedeutung eines bedingten Erkenntnisses gegeben werden, sofern zwar die Erheblichkeit der Thatsachen, aber nicht der Grad ihrer Erheblichkeit ausgesprochen wurde. Es konnte nicht mit Erbringung des Beweises einer Thatsache oder der kumulativen oder alternativen Beweisführung über mehrere Thatsachen eine bestimmte Folge verbunden, mußte vielmehr dem über den Beweis entscheidenden Richter die Bestimmung der Folge überlassen werden. Namentlich konnte erst die Aeußerung von Sachverständigen den richtigen Einblick in die Erheblichkeit der Thatsachen geben, so daß eine Beschränkung auf bestimmte Thatsachen leicht nachtheilig seyn konnte. Hier lautet entweder das Beweisinterlokut ganz allgemein oder zu ausgedehnt, im ersteren Fall haben die Parteien keinen bestimmten Anhaltspunkt, in letzterem ist das Beweisinterlokut vom Beweisdekrete nicht wesentlich verschieden, nur daß es die Beweislast definitiv ordnet.

Digitized by Google

Beweislaſt ganz oder theilweiſe auszuſetzen, bis die weitere Lage des Rechtsſtreits das genügende thatſächliche Material geliefert hat. Die Beweisauflage, welche hier von dem Richter gemacht wird, hat hinſichtlich der Feſtſtellung des bisher Verhandelten durchaus auch die bei Erlaſſung von Beweis-Interlocuten gegebenen Vorſchriften zu beachten; nur iſt dem Richter ſelbſt eine Aenderung hinſichtlich der Erheblichkeit der Thatſachen und der Beweislaſt geſtattet. Eine etwa nöthige Wiederholung früheren Vorbringens hat ſich in den durch den Thatbeſtand gegebenen Grenzen zu bewegen und iſt ein geringerer Nachtheil, als eine Verweiſung des durch den Inhalt des Beweis-Interlocuts Beſchwerten ſtets an die zweite Inſtanz.

Die Beſorgniß, daß hiemit eine drei- oder mehrfache Beweisauflage erforderlich werde, iſt durch die wohl regelmäßig der urſprünglichen Beweisauflage gegebene Weite und die auch hiefür erforderliche gründliche Erwägung, ſowie dadurch, daß die ſchließlich in Aenderung der früheren Auffaſſung für beweispflichtig erkannte Partei wohl im Wege des Gegenbeweiſes ihre Beweismittel bereits erſchöpt hat, beſeitigt. Ihr widerſpricht auch die bisherige Erfahrung, welche Württemberg bei minder tüchtig beſetzten erſtinſtanzlichen Gerichten gemacht hat.

Muß hiebei die Wahl zwiſchen Beweisinterlokut und Beweisdekret dem Richter überlaſſen werden, ſo iſt eine ſolche Wahl dem franzöſiſchen Prozeſſe nicht ferne gelegen, und ähnlich dem Inhalte des württembergiſchen Rechts.

Wurde in letzterem von dem Erkenntniß mit Beweisnachlaß faſt kein Gebrauch gemacht, ſo kann dieſes nicht als Grund gegen eine ſolche Auffaſſung angeführt werden, weil für das mündliche Verfahren die dringende Aufforderung gegeben iſt, das in der Verhandlung Abgeſchloſſene auch durch Erkenntniß zu bereinigen, während eine ſolche Aufforderung dort nicht vorliegt, die Vereinfachung des Gebrauchs der Rechtsmittel ſelbſt für Unterlaſſung

Digitized by Google

des Ausspruchs eines Erkenntnisses mit Beweisnachlaß bestimmend wirkt.

Angemessen erscheint, die Appellation regelmäßig nur als vorbehaltene zuzulassen, doch könnte die Beschränkung, wornach die Appellation nie als sofort stattfindende erklärt werden kann, zu weit gehen, sofern wenigstens die Frage entstehen kann, ob einem von beiden Parteien hierauf gerichteten Antrage nicht zu entsprechen sey.

C. Das Beweisverfahren.

Ueber das materielle Beweisrecht, insbesondere die zu einem vollen Beweis nöthigen Erfordernisse enthält die Prozeßordnung keine vollständigen Bestimmungen; ihre Vorschriften betreffen hauptsächlich die Zulässigkeit der einzelnen Beweismittel, nicht erschöpfend ihren Beweiswerth; in den übrigen Beziehungen gilt das frühere Recht. Eine von positiven und negativen Schranken freie Prüfung der Beweismittel, wie eine solche vielfach heutzutage verlangt wird, kennt der hannover'sche Prozeß somit nicht.

Sämmtliche Beweismittel sind an die Beweistermine gebunden, soweit sie von den Parteien geltend zu machen sind.

Die Beweisantretung und Verhandlung über die Zulässigkeit und Erheblichkeit der angetretenen Beweise erfolgt in der Sitzung des Prozeßgerichts auf Grund der die mündliche Verhandlung vorbereitenden schriftlichen Anträge;[37] die Beweisaufnahme soll regelmäßig in der Sitzung des Prozeßgerichts stattfinden, ausnahmsweise vor einem Mitglied des Prozeßgerichts oder einem Amtsgerichte, jedoch bildet faktisch bei Zeugenverhören das letztere die Regel. Die Beweisausführung geschieht

[37] Die eine Hälfte des von Eröffnung des Beweisinterlokuts bis zu dem Beweistermine bestehenden Zeitraums von mindestens 4 Wochen ist für die Beweise der Klage, Einreden ꝛc., die andere Hälfte, mit Ausnahme der drei Tage vor der Verhandlung, in den das Gericht und die Gegenpartei im Besitze der Anträge sich befinden muß, für die Gegenbeweise und die Erklärung auf die gegnerischen Anträge bestimmt.

Digitized by Google

in der Sitzung des Prozeßgerichts regelmäßig unmittelbar nach der in der Sitzung stattgehabten Beweisaufnahme. Das Ergebniß eines nicht vor dem Prozeßgerichte erfolgten Beweiseinzugs ist von einem Gerichtsmitgliede vorzutragen, wobei den Parteien das Recht der Ergänzung und Berichtigung zusteht.

Die Trennung der Beweisantretung vom ersten Verfahren wird gegenüber von unserem bisherigen Prozesse, welcher bei einfachen Fällen an einer Tagfahrt die Verhandlung bis zum Stadium der Beweisaufnahme ermöglichte, diese den Prozeß vereinfachende und abkürzende Verbindung aufheben. Im hannover'schen Prozesse ist als Surrogat die oben bezeichnete Erklärung der Parteien möglich, daß sie weitere Beweise nicht vorzubringen beabsichtigen. Hier, wie im württembergischen Prozesse (IV. Edikt §. 102), ist jedoch zu wünschen, daß das Gericht hiebei sich der Festsetzung der Beweissätze nicht entziehe. Auch ist sehr fraglich, ob der Grundsatz der Mündlichkeit auch auf die Beweisantretung auszudehnen, nicht hier mit schriftlichen Anzeigen, beziehungsweise Erklärungen sich begnügt werden könnte.

D. Das Urtheil und die Rechtsmittel.

Das Urtheil hat über das Streitmaterial nur in so weit sich zu verbreiten, als dasselbe für die abzugebende Entscheidung in Betracht kommt. Von Erheblichkeit ist besonders, daß ein spruchreifer Punkt vor den übrigen noch nicht spruchreifen zur Entscheidung gebracht werden kann, wobei die Berufung erst nach der Entscheidung über den ausgesetzten Theil zu ergreifen ist.[38]

Die Verkündigung erfolgt entweder nach dem Schlusse der Verhandlung oder in einem nicht über eine Woche hinauszusetzenden, den Parteien sofort mitzutheilenden Termine. Die Verkündigung kann sich auf die Entschei-

[38] Ueber den Umfang, in welchem der Aufschub der Berufung stattfindet, ist Streit; zu vergl. die Literatur bei Leonhardt, b. P.-O., S. 231, Note 1.

Digitized by Google

dung sammt Gründen[39] beschränken, den Parteien steht aber die Einsicht des vollständig abgefaßten Urtheils frei, und hat die Unterzeichnung der (vollständig ausgefertigten) Erkenntnisse spätestens binnen drei Tagen von der Verkündigung an zu erfolgen.

Als Rechtsmittel kennt das hannover'sche Recht 1) die Berufung, 2) die Nichtigkeitsbeschwerde, 3) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtskräftige Erkenntnisse und 4) die Beschwerde wider das Gericht.

1) Die Berufung.

Sie ist das einzige ordentliche Rechtsmittel, welchem richterliche Verfügungen unterliegen. Regelmäßig ist sie nur gegen Verfügungen erster Instanz mit Ausschluß somit einer Oberberufung gestattet; nur in einem Falle, bei Entscheidungen über die Frage, ob Maßregeln der Verwaltungsbehörden in den Grenzen ihres Ressorts getroffen sind, ist Berufung auch noch an das Oberappellationsgericht zulässig, wenn dieses nicht an sich bereits die Appellationsinstanz ist.

Zulässig ist die Berufung an sich gegen alle richterlichen Verfügungen, durch welche einer Partei mittelst Verwerfung ihrer oder Gewährung der gegnerischen Anträge eine Beschwerde zugefügt ist.

Ausnahmen finden statt

a) wegen Beschaffenheit der Streitsachen, sofern der Streitgegenstand den Betrag von 10 Thalern nicht übersteigt (bei der Frage der Zuständigkeit und bei der Frage, ob Maßregeln der Verwaltungsbehörden in den Grenzen ihres Ressorts getroffen sind, fällt diese Ausnahme hinweg);

b) wegen der Möglichkeit anderer Rechtsbehelfe, welche wegen ihren einfacheren Formen Abhilfe zu gewähren geeigneter sind (Beschwerden wider das Gericht, Gegenvorstellung, Einspruch);

[39] Mit Hinweglassung insbesondere der Darstellung des Thatbestands.

c) wegen geringerer prozessualischer Bedeutung der Verfügung, im Ergebnisse vielfach mit dem Satze der früheren Rechtstheorie zusammenfallend, daß gegen prozeßleitende Verfügungen — wie Zulassung von Klagehäufung, Zulassung oder Ausschließung von Oeffentlichkeit ꝛc. — keine Rechtsmittel zulässig sind.

Ist die Berufung hiernach sehr umfassend gestattet, so bringt doch der Umstand, daß gegenüber von den meisten Verfügungen nur eine vorbehaltene Berufung zulässig ist, mit sich, daß dieselbe Rechtssache regelmäßig blos einmal an die höhere Instanz gelangt.[40]

Die vorbehaltene Berufung ist nämlich nicht sofort geltend zu machen und auszuführen, sie bedarf nicht einmal einer vorläufigen Erklärung, sie erheben zu wollen, und gilt die Befolgung der beschwerenden Verfügung nicht als stillschweigender Verzicht auf Verfolgung der Beschwerde; sie ist vielmehr erst gegen die Entscheidung der Hauptsache, d. h. gegen das Endurtheil oder die nächste der sonstigen sofortiger Berufung unterworfenen richterlichen Verfügungen, mit welcher die durch die frühere Verfügung erwachsene Beschwerde in entscheidendem Zusammenhange steht, zur Geltung zu bringen.

Der sofortigen (sofort auszuführenden) Berufung unterliegen

I. bereits nach dem Gesetze:

1) Endurtheile, d. h. richterliche Verfügungen, wodurch die Hauptsache unbedingt oder bedingt, d. h. unter Auflegung eines nothwendigen, die Hauptsache bezielenden Eids endlich entschieden wird, vorausgesetzt, daß sie sich nicht blos auf einen spruchreifen Theil eines Rechtsstreits beziehen (hieher gehören auch angebrachter Maßen abweichende Erkenntnisse);

2) richterliche Verfügungen, wodurch die Formel eines zu- oder zurückgeschobenen, eines nothwendigen,

[40] Zu vergl. Leonhardt, Berufung, §. 9.

eines Diffessions-, Schätzungs- oder Editions-Eids festgestellt wird;

3) Urtheile, wodurch die verzögerlichen Einreden erledigt, d. h. für unbegründet erkannt werden (hiebei kann jedoch auf Antrag der Gegenpartei das Gericht verordnen, daß nur die vorbehaltene Berufung stattfinde, wenn das Gericht diese Einreden lediglich zur Verzögerung des Rechtsstreits vorgebracht annimmt);

4) einzelne richterliche Verfügungen, welche bereits in sich einen Inhalt tragen, daß der hierin gelegene Nachtheil ohne sofortige Ausführung der Beschwerde gar nicht oder nur sehr schwer beseitigt werden kann — wie Zurückweisung der Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse, Verfügung über Editionsanträge oder Verpflichtung zur Gestattung der Einsicht der ganzen Urkunde — oder welche Inzidentstreitigkeiten erledigen — wie Nebenintervention zurückweisende Verfügungen, Zurückweisung oder Weigerung eines Zeugen — (sofern es eine Anomalie wäre, an der Berufung über das lediglich die Partei betreffende Endurtheil dritte Personen theilnehmen zu lassen).

II. In Folge einer Anordnung des judex a quo, sofern das Gericht auf einen Antrag, welcher vor[41] der Erlassung einer der sofortigen Berufung an sich nicht unterworfenen Verfügung zu stellen ist, die sofortige Berufung für zulässig erklären kann, wenn nach seiner Ansicht der durch die Verfügung erwachsende Nachtheil ohne sofortige Ausführung der Beschwerde gar nicht oder doch nur schwer beseitigt werden kann.

Hiebei sind jedoch bestimmte Verfügungen, wie insbesondere das Beweis-Interlocut, im Gesetze als solche bezeichnet, bei denen der Richter eine solche Anordnung nicht treffen darf, bei welchen somit die Berufung stets

[41] Ueber das Unzweckmäßige der Beschränkung auf die Zeit vor der Erlassung, zu vergl. die Aeußerung eines Vorsitzenden bei Leonhardt, Civilprozeßverfahren, S. 166.

Digitized by Google

nur als vorbehaltene geltend gemacht werden kann.

Die Einhaltung der Berufungsfristen, welche in den Fällen von I. Z. 1 u. 2 gegen Verfügungen der Obergerichte zwei, gegen solche der Amtsgerichte einen Monat, in sonstigen Fällen drei, beziehungsweise zwei Wochen beträgt, ist nicht von Amtswegen zu prüfen; einer solchen Prüfung unterliegt nur die Zulässigkeit der Berufung gegen die richterliche Verfügung und das Angehen des rechten Richters.

Die Berufung wird, wie die Klage, durch Behändigung der dießfallsigen Anträge an den Gegner, beziehungsweise Erklärung auf der Gerichtsschreiberei des judex a quo erhoben. Die Anträge müssen enthalten:

1) eine bestimmte Bezeichnung der einzelnen Beschwerden mit kurzer Angabe der zu Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse;

2) genaue Anführung der einzelnen neuen Thatsachen (solche sind mit Ausnahme von in erster Instanz nicht geltend gemachten Forderungen und von Veränderungen der Klageanträge, unbeschränkt zulässig; jedoch kann bei einem Siege in Folge neuen schon früher gekannten Vorbringens Verurtheilung des Siegers in die durch die Versäumniß erwachsenen Kosten erster und zweiter Instanz stattfinden);

3) Angabe der neuen Beweise;

4) Schlußbitte mit bestimmter und genauer Angabe der Aenderung.

Die Berücksichtigung des thatsächlichen Parteivorbringens in erster Instanz ist durch Wiederholung desselben in der mündlichen Berufungsverhandlung bedingt.[42]

Die Berufung hat regelmäßig Suspensiveffekt, es würde denn die beschwerende Verfügung selbst die vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Rücksicht auf die zu er-

[42] Zu vergl. über diesen höchst wichtigen Grundsatz Leonhardt, die Berufung, §. 30.

hebende Berufung verordnet haben. Dieses muß in bestimmten Fällen geschehen, und kann außerdem in geeigneten Fällen erfolgen.

Hinsichtlich des Devolutiveffekts ist bestimmt, daß bei zulässiger und begründet erfundener Berufung sich das Verfahren zu erstrecken habe:

1) auf alle Streitpunkte, über welche bisher aus dem Grunde nicht erkannt worden ist und nicht erkannt zu werden brauchte, weil sie in Gemäßheit der aufgehobenen Entscheidung nicht in Betracht kamen;

2) auf alle Streitpunkte, über welche in dem Erkenntnisse eine Entscheidung abgegeben war, welche jedoch der eine oder der andere Theil bei dem Fortbestehen der aufgehobenen Entscheidung nicht anfechten konnte, weil es ihm an einem die Berufung begründenden Interesse fehlte.

Die Einleitung eines für erforderlich erachteten weiteren Verfahrens, insbesondere Beweisverfahrens, kommt dem Berufungsrichter zu.

Bei unzulässiger oder unbegründet erfundener Berufung ist die Thätigkeit des Appellationsgerichts hiemit beendigt.

Adhäsion ist selbst im Laufe der mündlichen Verhandlung noch zulässig, ohne das Erforderniß des Zusammenhangs der Beschwerde mit der in den Berufungsanträgen aufgestellten Beschwerden; bei bereits selbstständig erhobener Berufung kann der Appellant übrigens blos unter Voraussetzung des Zusammenhangs sich anschließen.

Durch Zurücknahme einer an sich statthaften Hauptberufung wird die Adhäsion nicht beseitigt, wohl aber regelmäßig durch Erklärung der Hauptberufung als unzulässig.

Ein Uebergang zu diesen Grundsätzen wird nicht schwierig seyn. Durch das Institut der vorbehaltenen Berufung ist die unserem bisherigen Verfahren vorzüglich fremde Erweiterung der Verfügungen, welche Berufung

Digitized by Google

zulassen, nahezu unwirksam gemacht und liegt hierin zugleich eine bedeutende Abweichung von dem gemeinrechtlichen Prozesse. Es kann mit Obergerichtsassessor Plank[43] selbst die Frage aufgeworfen werden, ob nicht die sofortige Berufung, als gesetzliche, auf die Endurtheile mit wenigen einzelnen Ausnahmen zu beschränken ist, wodurch die Schwierigkeiten hinsichtlich der Geltendmachung der vorbehaltenen Berufung beseitigt würden, und worin noch größere Annäherung an das württembergische Recht liegen würde. Die Auffassung der höheren Instanz, als einer solchen, in welcher die umfassendste Prüfung der Ansprüche, nur unter Festhaltung der Identität der in erster Instanz verfolgten, von den Parteien in Anregung gebracht werden kann, ist unserer Gesetzgebung und Rechtsübung nicht fremd;[44] der von dem hannover'schen Prozesse (in Aenderung des gemeinen Rechts) in größerer Ausdehnung angenommene Devolutiveffekt entspricht unserem bisherigen Verfahren. Eine Hauptabweichung von diesem besteht nur in dem jedem Mangel einer Beschwerdesumme beinahe gleichzustellenden Erfordernisse eines Streitgegenstands von über 10 Thalern und in der Unzulässigkeit der Oberberufung.

2) Die Nichtigkeitsbeschwerde.

Sie ist zulässig aus Gründen in Beziehung

a) auf das Gericht — Mangel der Gerichtsbarkeit, Zuständigkeit, Ueberschreitung des Auftrags durch einen beauftragten Richter, Mangel gehöriger Besetzung, Bestechung, Unfähigkeit oder begründete Ablehnung des Richters;

b) auf die Person der streitenden Theile — Erkenntniß gegen eine am betreffenden Rechtsstreite nicht theilnehmende Partei ohne nachträgliche Genehmigung der für sie vorgenommenen Handlungen, Mangel der Fähig-

[43] Deutsche Gerichtszeitung, S. 179 ff.

[44] Zu vergl. von Harpprecht im württ. Archiv, II. S. 98 ff.

keit zu der von einer Partei vorgenommenen Handlung ohne nachträgliche Anerkennung im Zustande der Fähigkeit;

c) auf die Form des gerichtlichen Verfahrens — Mangel genügenden Gehörs, Verletzung der über Oeffentlichkeit gegebenen Vorschriften;

d) auf den Inhalt des Urtheils selbst — Erkenntniß ultra petitum, Verstoß der Entscheidung gegen eine in demselben Prozesse gegebene rechtskräftige Entscheidung, oder Stützen der Entscheidung auf ein Zugeständniß eines ausdrücklich geläugneten oder auf Abläugnen eines ausdrücklich zugestandenen Umstands, Dunkelheit, Unvollständigkeit, oder Unbestimmtheit des Erkenntnisses ohne Abhilfe durch eine nachgesuchte Erläuterung.

Bei einzelnen Nichtigkeitsgründen ist übrigens Voraussetzung:

a) daß der beschwerten Partei nicht die Berufung zusteht;

b) daß, wenn Berufung bereits früher ergriffen war, die Nichtigkeitsgründe nicht bereits bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung dem Appellanten oder Appellaten bekannt waren,[45] sowie

c) daß der Nichtigkeitsgrund nicht bereits im Wege der Berufung verworfen ist.

Die Nichtigkeitsklage ist in zwei Monaten von bestimmtem Zeitpunkt an zu erheben und regelmäßig nur 10 Jahre verfolgbar.

Bei begründet erfundener Nichtigkeitsklage hat der Kassationsrichter bei einer nur in der Entscheidung gelegenen Nichtigkeit zugleich die Entscheidung in der Sache selbst zu geben.

---

[45] Mit dem in meinem Aufsatze über Ordinationen (württ. Arch. II. S. 237) für das gemeine Recht aufgestellten Ansichten über die Berechtigung, Nichtigkeitsgründe nach durchgeführter Appellation geltend zu machen, stimmt nun im Wesentlichen überein Wetzell, Civilprozeß, §. 636, 640 ff., 650.

Digitized by Google

Neben dieser Nichtigkeitsbeschwerde kennt der hannover'sche Prozeß noch eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes, welche der Oberstaatsanwalt in allen Fällen, in denen ein Gericht durch eine richterliche Verfügung eine gesetzliche Vorschrift verletzt oder falsch angewandt, oder die Grenzen seiner Befugnisse überschritten hat, geltend machen kann. In so lange die Parteien den betreffenden Punkt mit der Nichtigkeitsbeschwerde verfolgen können, ist diese Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, auch hat die Entscheidung keinen Einfluß auf das Rechtsverhältniß der Parteien, welche sich bei dem Verfahren auch nicht zu betheiligen haben.

Die Hauptfrage, welche sich hinsichtlich der Gründe der Nichtigkeitsklage aufwirft, besteht darin, ob sie auch bei Verletzung des Gesetzes oder irriger Anwendung desselben auf die Thatsachen des konkreten Falls zulässig seyn soll. Sie ist im hannover'schen Prozesse verneint, diese Verneinung hat bei der dortigen Gerichtsverfassung auch deßhalb geringere Bedeutung, weil das Oberappellationsgericht für sämmtliche von den großen Senaten der Obergerichte ergehende Erkenntnisse die Appellationsinstanz bildet.

Mit der Ausdehnung der Kassationsgründe hierauf ist wohl jedes Bedenken, welches der Beseitigung der Oberberufung im Allgemeinen (hinsichtlich einzelner Fälle zu vergl. oben) entgegengehalten werden könnte, erledigt.

3) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtskräftige Erkenntnisse.

Dieselbe ist zulässig

1) bei Nachweis eines Meineids des Schwörenden;

2) bei Nachweis, daß die Urkunde, das Zeugniß oder Gutachten, auf dessen Grund Verurtheilung oder Abweisung erfolgte, falsch ist;

3) bei Nachweis von betrügerischen Handlungen der Gegenpartei und von Prävarication;

Digitized by Google

4) bei neu entdeckten Thatumständen, von der Beschaffenheit, daß bei Gebrauch derselben günstig für die Partei erkannt worden wäre;

5) bei neu entdeckten erheblichen schriftlichen Beweismitteln oder solchen, welche früher angezeigt wurden, jetzt aber erst herbeigeschafft werden können;

6) in Sachen minderjähriger oder unter Kuratel stehender oder die Rechte von Minderjährigen genießenden Personen, sofern ihre Vertreter nicht den gehörigen Fleiß angewandt haben, und hiedurch ein nachtheiliges Erkenntniß hervorgerufen ist;

Hiebei ist sodann aber neben einzelnen Beschränkungen noch weiter vorausgesetzt, daß der Restitutionsgrund nicht zu einer Zeit entdeckt wurde, wo die Partei im früheren Verfahren Gebrauch machen konnte.

Das über die Restitution erkennende Gericht ist dasjenige, welches in erster Instanz erkannt hat, mag das Erkenntniß in höherer Instanz bestätigt oder abgeändert worden seyn.

Die Frist ist regelmäßig zwei Monate vom Tage der Entdeckung des Restitutionsgrunds an, nie aber länger als 10 Jahre.

4) Die Beschwerde wider das Gericht.[46]

Sie ist zulässig

a) gegen Verfügungen, durch welche die erste, auf Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens überhaupt oder einen Incidenstreit abzielenden Anträge einer Partei ohne vorgängiges Gehör des Gegners verworfen oder von Vorauflagen abhängig gemacht werden;

b) wegen ungebührlicher Behandlung der Parteien, Anwälte, Zeugen, Sachverständigen, Gerichtsvögte von Seiten des Gerichts;

c) wider Verfügungen, durch welche Gerichte, bezie-

[46] Diese in der Literatur des gemeinrechtlichen Civilprozesses etwas vernachlässigte Materie erhält nunmehr bei Wetzell, Civilprozeß, S. 654 ff., eine gründlichere Berücksichtigung.

Digitized by Google

hungsweise Gerichtsschreiber in Kosten oder zur Strafe verurtheilt worden;

d) in ausdrücklich vom Gesetze bestimmten Fällen (Unzuständigkeitserklärung, Verlangen des persönlichen Erscheinens der Parteien ꝛc.)

Die Beschwerde geht an das vorgesetzte Gericht; das die Verfügung erlassende ist aber berechtigt, der Beschwerde selbst abzuhelfen. Das Verfahren ist nicht öffentlich und findet eine Vernehmung der Gegenpartei nicht statt.

Die Bestimmungen über die Rechtsmittel bieten keine besondere Schwierigkeit hinsichtlich der Uebertragung dar; dieselben erscheinen vielmehr meist theils als mit unserer Rechtsübung conform, theils als eine angemessene Ergänzung unseres bisherigen Rechtszustandes.

E) Die Exekution.

So weit ihre Behandlung hier von Interesse ist, findet dieselbe statt auf Grund

a) rechtskräftiger Urtheile, welchen Ungehorsamsurtheile nach unbenütztem Ablaufe der regelmäßigen Einspruchsfrist, vorläufig für vollstreckbar erklärte Urtheile, vor Gericht abgeschlossene Vergleiche, oder abgegebene Anerkenntnisse gleich stehen;

b) der von Gerichten und Notaren aufgenommenen Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sobald hierin sofortige Zwangsvollstreckung ausbedungen ist.

Bei diesen Urtheilen, beziehungsweise Urkunden muß, damit sie vollstreckbar sind, von dem betreffenden Gerichtsschreiber oder Notar die Vollstreckungsklausel (im Eingang die Worte: Im Namen des Königs sofort vollstreckbar) eigenhändig vorgesetzt und unterschriftlich bestätigt seyn.

Das Exekutionsverfahren selbst besorgen die Gerichtsvögte, welche für den ganzen Obergerichtsbezirk, in welchem ihnen der Wohnsitz angewiesen ist, zuständig sind, wobei aber bei Wahl eines nicht im betreffenden Amtsgerichtsbezirke wohnhaften Gerichtsvogts den Gläubiger

Digitized by Google

die Mehrkosten treffen. Sie erlassen nach Einhändigung der betreffenden, von ihnen für genügend erkannten Urkunden an den Schuldner ein Zahlungsgebot, und schreiten nach einer Woche zur Exekutionsverfügung, welche nur bei einzelnen Arten einer richterlichen Mitwirkung bedarf. Der Schuldner hat seine, die Zulässigkeit der Exekution bestreitenden, Einreden binnen einer Woche bei dem betreffenden Prozeßgerichte geltend zu machen.

Die Gerichtsvögte stehen unter Aufsicht der Staatsanwaltschaften und Amtsgerichte, letztere entscheiden namentlich über Einwendungen wider Art und Weise der Zwangsvollstreckung und das vom Gerichtsvogte beobachtete Verfahren.

Eine kräftig geleitete Exekution ist ein wesentliches Erforderniß einer tüchtigen Rechtspflege: findet sie bei unserem gegenwärtigen Verfahren für die Vollstreckung von Erkenntnissen statt, hat sodann das Gesetz vom 13. Novbr. 1855 vielfach, theilweise ähnlich den Bestimmungen des hannover'schen Prozesses über vor Gericht abgeschlossene Vergleiche oder abgegebene Anerkenntnisse, sowie über das oben berührte Mahnverfahren, auch bei Verfolgung sonstiger Ansprüche Abhilfe verschafft, so ist hier die Hauptfrage die der Behörden, welchen die Ausführung anzuvertrauen ist. Eine Erörterung dieser Organisationsfrage liegt nicht im Bereiche der gestellten Aufgabe.

Der bisher über das hannover'sche Verfahren gegebene Ueberblick dürfte den Beweis geliefert haben, daß seine wesentlichen Grundlagen als abgemessene Fortbildung unseres Verfahrens erscheinen, und daß zugleich unser gegenwärtiger Rechtszustand theilweise geeignet ist, auf Verbesserungen des hannover'schen Prozesses selbst hinzuweisen. Die Grundrichtung unseres Verfahrens, welches innerlich begründeten Zweckmäßigkeitsrücksichten beinahe ungehemmten Spielraum der Entwicklung läßt und deßhalb vielfach auch das materielle Prozeßrecht in ange-

Digitized by Google

messener Weise fortgebildet hat, trägt hiezu vorzüglich bei. Der Beweis hievon könnte wohl in verschiedenen Beziehungen geliefert, mußte aber hier auf die Hauptgrundsätze beschränkt werden.

Stets wird der Uebergang zu diesen Grundsätzen in vielfachen Richtungen eine wesentliche Umgestaltung des Verfahrens bewirken; gesteigerte Anforderungen werden an Richter, wie Rechtsanwälte entstehen, zugleich aber wird das Anregendere der Erfüllung des beiderseitigen Berufs, die Hebung der Stellung des Advokatenstandes, das Vertrauen in die Verwaltung der Rechtspflege, welches, an sich bei uns vorhanden, noch in Folge der äußeren Einrichtungen sich erhöhen wird, die Stärkung des Sinns für Recht theils größere Befriedigung gewähren, theils einen wohlthätigen Einfluß äußern.

Digitized by Google

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Beitrag zur Lehre vom Domicilwechsel.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

I. Wird zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten eines gezogenen und den Aussteller eines eigenen Domicilwechsels Protest Mangels Zahlung auch dann erfordert,

A. wenn kein Domiciliat benannt ist?

Der Erhebung eines Protests Mangels Zahlung bedarf es bei gezogenen Wechseln nach Art. 41 der allgemeinen deutschen Wechselordnung nur zur Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung statthaften Regresses gegen den Aussteller, Trassanten und die Indossanten, und der Grund hievon[1] ist darin zu suchen, daß der Trassant und die Indossanten durch ihre Unterschrift auf dem Wechsel nur eine Gewährleistungsverbindlichkeit für den Fall, daß der Bezogene zur Zahlungszeit keine Zahlung leistet, übernehmen, ihre wechselrechtliche Verpflichtung somit nur eine eventuelle ist, und zur Begründung des Regreßanspruchs gegen sie daher der, durch den Protest zu liefernde, Nachweis gehört, daß die Zahlung von dem Bezogenen rechtzeitig gefordert, aber nicht erlangt worden ist. Der Bezogene dagegen wird nach Art. 23 der allgemeinen deutschen Wechselordnung schon durch die Annahme wechselmäßig verpflichtet, die von ihm acceptirte Summe zur Verfallzeit zu zahlen, den Grund seiner wechselmäßigen Verbindlichkeit bildet das Accept, und das in diesem enthaltene Versprechen der Zahlung zu der im Wechsel

[1] Vgl. hierüber Gelpke, Zeitschr. für Handelsrecht Heft 2, S. 158 ff.

Digitized by Google

festgesetzten Zahlungszeit. Der Acceptant ist daher unmittelbar und zunächst zur Zahlung berufen, und es kann, wenn die Zahlung zur Zahlungszeit nicht erfolgt, gegen ihn sofort geklagt werden, ohne daß es zur Erhaltung des Wechselrechts gegen denselben erst noch der Erhebung eines Protests Mangels Zahlung bedürfte.[2] Dieß ist auch im Art. 44 als die, nur einer einzigen im Art. 43 erwähnten Ausnahme bei Domicilwechseln unterliegende, Regel ausdrücklich ausgesprochen. Ebenso ist bei eigenen Wechseln nach Art. 98 Z. 6 die Protesterhebung Mangels Zahlung aus demselben Grunde nur für den Regreß gegen die Indossanten vorgeschrieben, während der Aussteller, gleich dem Acceptanten eines gezogenen Wechsels, aus seiner Unterschrift direkt und unbedingt haftet,[3] und nur ausnahmsweise bei Domicilwech-

[2] Brauer, W.O. (1. Aufl.) S. 78, 109; Haimerl, W.R. S. 153; Bluntschli, W.O. S. 87; Borchardt, W.O. (1. Aufl.) S. 44, 45. (2. Aufl.) S. 125; Kletke, Encyclopädie 1. Lief. S. 305; Erk. des O.Trib. zu Berlin v. 9. März 1852 im Archiv der Trib.Anw. Bd. 4, S. 374, und Kletke, Präj. S. 194, 201; Erk. des OAG. zu Rostock v. 1. Dez. 1853 in Buchka und Budde, Entsch. Bd. 1, S. 57 ff. und Seuffert, Archiv Bd. 10, Nro. 279; Erk. des OAG. zu München in Seuffert, Bl. für Rechtsanw. Jahrg. 1854. Erg. Nro. 7; Erk. des Stdtg. R. zu Oldenburg im Archiv für Praxis in Oldenburg Bd. 5, S. 261. — Dagegen Entsch. des O.G. zu Glücksstadt v. 8. Febr. 1850 im Archiv f. d. W.R. Bd. 1, S. 442.

[3] Brauer, W.O. S. 173; Pöschmann im Archiv f. d. W.R. Bd. 2, S. 206 ff. Gelpke, Zeitschr. f. Handelsrecht Heft 2, S. 158 ff.; Haimerl, W.R. S. 280. Borchardt, W.O. (1. Aufl.) S. 97. (2. Aufl.) S. 282. — Entsch. des O.Trib. zu Berlin v. 9. März 1852 und 8. Mai 1858 im Archiv der Trib.Anw. Bd. 4, S. 374, in d. Entsch. Bd. 38, S. 231, im Archiv f. d. W.R. Bd. 3, S. 198, und in Seuffert, Archiv Bd. 7, Nro. 240. — Erk. des OAG. zu Rostock vom 23. Juli 1853 im Archiv f. d. W.R. Bd. 3, S. 412, 413. — Entsch. des böhmischen Oberlandesgerichts v. 27. Juni 1854 in der österr. Gerichtszeitung v. 1854 Nro. 110, und im Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 84. — Entsch. des O.Trib. zu Stuttgart vom 4. Mai und vom 10. Juli 1855 in Seuffert, Archiv Bd. 9, Nro. 330 und im württ. Archiv Bd. 2, S. 514. — Entsch. des OAG. zu Celle im

Digitized by Google

ſeln im Art. 99 der Verluſt des wechſelmäßigen Anſpruchs auch gegen den Ausſteller an die Verſäumniß der rechtzeitigen Proteſterhebung geknüpft, bei nicht domicilirten eigenen Wechſeln aber zur Erhaltung des Wechſelrechts gegen den Ausſteller weder Präſentation am Zahlungstage, noch Erhebung eines Proteſts vorgeſchrieben iſt.[4] Als Regel ſteht ſomit feſt, daß nur zur Wahrung des Regreſſes gegen die Vormänner Proteſtaufnahme geboten, zur Erhaltung des Wechſelrechts gegen den Acceptanten eines gezogenen und den Ausſteller eines eigenen Wechſels dagegen kein Proteſt nothwendig iſt, und nur bei Domicilwechſeln eine Ausnahme von dieſer Regel ſtattfindet.

Auch bei Domicilwechſeln iſt jedoch zwiſchen ſolchen, in welchen ein Domiciliat benannt iſt, und daher der Bezogene, beziehungsweiſe der Ausſteller des eigenen Wechſels, die Zahlung durch eine dritte Perſon, den Domiciliaten, am Zahlungsort zu leiſten haben, und zwiſchen ſolchen Domicilwechſeln, in welchen kein Domiciliat benannt und die Zahlung vom Bezogenen (Art. 24 der allgemeinen deutſchen Wechſel-

---

Archiv f. d. W.R. Bd. 6, S. 211 ff. — Erk. des W.A.G. zu Aſchaffenburg vom 10. Okt. 1851, 6. Febr. 1852 und 9. Nov. 1852 und Erk. des W.A.G. zu Freyſing vom 24. Febr. 1851 und 22. Okt. 1855 in der Zeitſchr. für Geſetzgeb. und Rechtspflege in Bayern Bd. 2, S. 507, und Bd. 4, S. 444, und Kletke Präj. S. 249. — Erk. des O.G. zu Stade vom 29. April 1857 in der juriſtiſchen Zeitſchrift von Hannover von 1857 S. 315. — Dagegen: eine Entſch. des Handelsſenats des öſterr. Landgerichts zu Gitſchin, beſtätigt vom böhmiſchen Oberlandesgericht und vom oberſten Gerichtshof durch Erk. vom 29. Dez. 1853 in der öſterr. Gerichtszeitung von 1854 Nro. 43, und im Archiv f. das W.R. Bd. 5, S. 81, deßgleichen Entſch. des O.G. zu Glücksſtadt vom 8. Febr. 1850 im Archiv f. d. W.R. Bd. 1, S. 442. Entſch. des H.G. zu Darmſtadt vom 3. Nov. 1856 im Archiv von Elvers Bd. 5, S. 33.

[4] Nach den Vorſchlägen der Nürnberger Conferenz ſoll dieß zur Entfernung jeden Zweifels dem Art. 99 als Zuſatz ausdrücklich beigefügt werden. Vgl. Goldſchmidt, Zeitſchrift f. Handelsrecht Bd. 1, S. 548, und Schletter, Jahrb. der deutſchen Rechtswiſſenſchaft Bd. 7, S. 158, Ziff. 8.

Digitized by Google

ordnung), beim eigenen Wechsel vom Aussteller selbst am Wechseldomicil zu leisten ist, zu unterscheiden. Nur im ersteren Falle fordert das Gesetz, nach richtiger Auslegung, zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten eines gezogenen und den Aussteller eines eigenen Domicilwechsels Protesterhebung, während im letzteren Falle bei Domicilwechseln ohne Benennung eines Domiciliaten die Regel wieder eintritt, wonach die wechselmäßige Verpflichtung des Acceptanten, beziehungsweise des Ausstellers, von der Erhebung eines Protests nicht abhängig ist. Fast alle Wechselrechtsschriftsteller sind dieser Auslegung des Gesetzes beigetreten, und es haben sich hiefür insbesondere Brauer [5] (1849), Bluntschli [6] (1852), Gelpke [7] (1852), Borchardt [8] (1854, 1860), Berger [9] (1855), Haimerl [10] (1855), Leonhardt Wächter [11] (1857), Kitka [12] (1858), Northoff [13] (1860) und Kletke [14] (1861) ausgesprochen. Auch in der Rechtsprechung hat sich dieselbe überwiegende Geltung verschafft, indem das Obertribunal zu Berlin, [15] der oberste Gerichtshof zu Wien, [16] das Obertribunal zu Stutt-

[5] Wechselordnung S. 107, 108.

[6] Wechselordnung S. 186, 187.

[7] Zeitschrift für Handelsrecht Heft 1, S. 108 ff.

[8] Wechselordnung (1. Ausg.) S. 44, (2. Ausg.) S. 121, 122.

[9] Archiv f. d. W.R. Bd. 4, S. 368 ff.

[10] Anleitung zum Studium des Wechselrechts S. 153.

[11] Archiv. f. d. W.R. Bd. 5, S. 160 ff.

[12] Archiv f. d. W.R. Bd. 6, S. 325 ff.

[13] Ebendaselbst Bd. 9, S. 112, 115 ff.

[14] Encyclopädie 1. Lief. S. 309 ff.

[15] In dessen Entsch. vom 10. Okt. 1850, 12. Dez. 1850, 8. Mai 1851, 9. März 1852 und 8. Mai 1858 (Entsch. Bd. 10, S. 208, Bd. 17, S. 352 und 329, Bd. 20, S. 346, Bd. 22, S. 410. Archiv der Trib.Anw. Bd. 1, S. 388, Bd. 2, S. 21, Bd. 4, S. 374. Archiv f. d. W.R. Bd. 2, S. 328 und 336. Seuffert, Archiv Bd. 13, Nro. 118.

[16] Oesterr. Gerichtszeitung von 1855, Nro. 62, von 1856 Nro. 72, 117, von 1861 Nro. 40. Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 338, 434, Bd. 6, S. 303 ff. 307 ff.

Digitized by Google

gart,[17] das O.=A.=Gericht zu München,[18] das O.=A.=Gericht zu Celle,[19] das O.=A.=Gericht zu Rostock,[20] das O.=A.=Gericht zu Darmstadt,[21] das O.=A.=Gericht zu Cassel[22] und das Spruchkollegium zu Leipzig[23] obiger Auslegung gemäß entschieden haben. Endlich hat sich auch die Kommission der Nürnberger Handelsgesetzgebungskonferenz für solche ausgesprochen.[24] Man wird daher dieselbe ohne Bedenken als die in Theorie und Praxis herrschende bezeichnen dürfen, und längere Zeit war sie selbst ohne namhaften Widerspruch geblieben, da nur in einzelnen Entscheidungen österreichischer und preußischer Mittel= und Unter=Gerichte die entgegengesetzte Ansicht sich Geltung verschafft zu haben scheint.[25] Als aber Kitka (Note 12) diesen Entscheidungen entgegengetreten war, so nahm Koch[26] den Handschuh auf, indem er gegen Kitka die Ansicht zu begründen und zu vertheidigen suchte, daß auch solche domicilirte Wechsel, worin ein Domiciliat nicht bezeichnet ist, zu Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten, beim eigenen Wechsel gegen den Aussteller, der Protesterhebung Mangels Zahlung bedürfen. Die Gründe, welche Koch für diese seine Ansicht beigebracht hat, sind nun

---

[17] Erk. v. 10. Juli 1855 in Seuffert Archiv Bd. 9, Nro. 329. Württ. Archiv Bd. 2, S. 515, Nro. 80.

[18] Erk. v. 23. April 1853, Zeitschr. für Gesetzgeb. und Rechtspflege in Bayern Bd. 2, S. 509.

[19] Archiv f. d. W.R. Bd. 6, S. 210 ff.

[20] Erk. vom 23. Juli 1853 im Archiv f. d. W.R. Bd. 3, S. 413 ff.

[21] Seuffert, Archiv Bd. 6, Nro. 250.

[22] Entsch. v. 26. Sept. 1857 im Archiv v. Eivers Bd. 7, S. 51.

[23] Entsch. v. 10. Dez. 1851 im Archiv f. d. W.R. Bd. 2, S. 334.

[24] Verh. der Kommission zur Berathung eines allg. deutschen Handelsgesetzbuchs, die Ergänzung der allg. d. W.O. u. s. w. betr. Nürnberg, 1858, S. LII. LIII. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 1, S. 550. Die Konferenz selbst hat sich nicht darüber ausgesprochen.

[25] Archiv für d. W.R. Bd. 5, S. 83, 84, Bd. 6, S. 325. Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht Heft 1, S. 110.

[26] Kreisgerichtsdirector in Neisse in Schlesien. Archiv f. d. W.R. Bd. 7, S. 8 ff.

Digitized by Google

zwar keineswegs von der Art, daß sie derselben Anklang verschaffen konnten; da jedoch im Eingang der Koch'schen Abhandlung bittere Klage geführt wird, daß die Vertreter der andern Meinung sich nicht einmal die Mühe geben, die Gegengründe kennen zu lernen und darauf einzugehen, so nahm ich bei Gelegenheit eines Spezialfalls Veranlassung, die Frage einer nochmaligen Erörterung zu unterziehen. Inzwischen erschien die Abhandlung von Northoff (Note 13), und da diese gleichfalls gegen Koch und seine Theorie gerichtet ist, so glaubte ich meine Arbeit bei Seite legen zu sollen. Daß ich solche jetzt wieder hervorgelangt und überarbeitet, dazu bestimmte mich zunächst ein Referat in dem neuesten Bande von Schletter's Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft,[27] worin der Abhandlung Koch's ohne Erwähnung der Northoff'schen Gegenausführung und in einer Weise gedacht ist, welche die Meinung erwecken könnte, als ob jene Abhandlung die bis dahin herrschende Ansicht aus dem Feld geschlagen hätte, und ich hoffe daher, es wird die Veröffentlichung meiner hiegegen gerichteten Ausführung, zumal solche mit derjenigen von Northoff nicht in allen Punkten übereinstimmt, nicht ungerechtfertigt gefunden werden.

Ehe ich mich zu unserer Frage selbst wende, möge mir eine Vorbemerkung gestattet seyn. Koch sucht den Beweis für seine Ansicht hauptsächlich aus der Natur der Sache, aus dem Wesen der wechselrechtlichen Verkehrsverhältnisse zu führen, und schließt aus dem von ihm angenommenen praktischen Bedürfnisse auf das Vorhandenseyn einer dieser Bedürfnisse entsprechenden Bestimmung. Hiemit hat sich derselbe gleich von vorneherein auf einen falschen Standpunkt gestellt, welcher ihn dahin geführt hat, anstatt das Gesetz durch die Nachweisung der Absicht des Gesetzgebers auszulegen, das von ihm nach seiner individuellen Anschauung als zweckmäßig Erkannte in das Gesetz hineinzulegen, und somit in Wirk-

[27] Bd. 7 (1861) S. 118 ff.

lichkeit die Zweckmäßigkeit an die Stelle des Gesetzes zu setzen. Es handelt sich bei der vorliegenden Frage nur darum, was das Gesetz bezüglich derselben bestimmt hat, und nur dieß ist daher auch für ihre Beantwortung maßgebend. Nicht was der Natur der Sache nach möglicher Weise gelten könnte, sondern was durch das Gesetz positiv vorgeschrieben ist, muß nachgewiesen werden, um die eine oder andere Ansicht zu begründen. Hierüber entscheiden aber zunächst die Worte des Gesetzes, und wo sie zweifelhaft sind, seine Geschichte und inneren Gründe, und nur auf diesem Boden kann daher unsere Frage zur Entscheidung gebracht werden. Die Ansicht der Worte des Gesetzes sowohl, als die Betrachtung seiner Geschichte und die Untersuchung seiner inneren Gründe wird aber die Ueberzeugung gewähren, daß der Angriff Koch's auf die herrschende Ansicht durchaus mißlungen und letztere wohl begründet ist.

Der Art. 43. bestimmt in seinem ersten Absatze, daß ein domicilirter (gezogener) Wechsel dem Domiciliaten, oder, wenn ein solcher nicht benannt worden, dem Bezogenen selbst an demjenigen Orte, wohin der Wechsel domicilirt ist, zur Zahlung zu präsentiren, und bei unterbleibender Zahlung dort auch zu protestiren seye, und hiemit stimmt die für domicilirte eigene Wechsel gegebene dießfällige Bestimmung im ersten Satze des Art. 99 wörtlich überein, nur daß hier selbstverständlich statt des Bezogenen der Aussteller (des eigenen Wechsels) als derjenige genannt ist, welchem der Wechsel in Ermangelung eines Domiciliaten präsentirt werden solle. Durch diese Bestimmung ist zunächst bezüglich der Präsentation des Domicilwechsels zur Zahlung ausgesprochen, wo und wem solche zu geschehen habe, d. h. es solle der Wechsel dem Domiciliaten oder, wo ein solcher nicht benannt, dem Bezogenen, bei'm eigenen Wechsel dem Aussteller, an dem Orte, wohin der Wechsel domicilirt ist, präsentirt werden. Von dem Protest ist nur gesagt, daß er eben dort, an demselben Ort, wie die Präsentation, zu erfolgen habe. Eine ausdrückliche Bestimmung für den Protest enthalten

daher die beiden Artikel im ersten Absatze nur bezüglich des Orts, wo solcher vorzunehmen seyn solle. Außerdem liegt aber in der Bestimmung der Personen, welchen ein Domicilwechsel präsentirt werden solle, eine indirekte Vorschrift auch für den Protest, da gegen diejenigen Personen, welchen der Wechsel zur Zahlung präsentirt werden muß, auch der Protest Mangels Zahlung zu erheben ist, falls ein solcher Protest überhaupt erfordert wird. [28]

Hienach besagen die Art. 43 und 99 in ihrem ersten Absatze, wo und gegen wen ein Domicilwechsel (die Nothwendigkeit des Protestes vorausgesetzt) zu protestiren ist; darüber aber, wenn ein Domicilwechsel protestirt werden müsse, ist in diesem Absatze nichts bestimmt, und es müßte daher, da, wie oben gezeigt, der Protest der Regel nach nur zur Wahrung des Regresses erforderlich ist, wenn die Art. 43 und 99 mit dem ersten Satze schließen würden, angenommen werden, daß auch bei Domicilwechseln diese Regel Platz greife, und die Protestirung gegen den Domiciliaten, oder, wo kein solcher bezeichnet, gegen den Bezogenen, bei'm eigenen Wechsel den Aussteller, nur da, wo ein Regreß denkbar ist, zu dessen Wahrung erfordert werde, nicht aber auch zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten, beziehungsweise den Aussteller des eigenen Wechsels. Es ist daher nicht klar, wie Koch, obwohl auch er davon ausgeht, daß der erste Absatz des Art. 43 nur bestimme, wo und bei wem der Protest zu erheben seye, hierin eine Stütze für seine Ansicht finden konnte, daß jeder domicilirte Wechsel auch zur Erhaltung des Wechselanspruchs gegen den Acceptanten der Protestirung bedürfe. Denn wenn auch die im ersten Absatz der Art. 43 und 99 für die Protesterhebung bei Domicilwechseln gegebene Vorschrift beide Fälle, wenn ein Domiciliat ernannt ist, und wenn ein solcher fehlt, zum Gegenstand hat, so ist damit die Protesterhebung noch keineswegs für alle Fälle als ein wesentliches Erforderniß erklärt, sondern es läßt sich nur

[28] Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht Heft 1, S. 109.

so viel daraus folgern, daß der Gesetzgeber bei der fraglichen Bestimmung davon ausgegangen seyn muß, daß auch bei Domicilwechseln ohne Domiciliaten ein Protest nothwendig werden könne. Dieß ist aber, wie man auch sonst die Art. 43 und 99 auslegen möge, der Fall, da der Wechselinhaber zur Ausübung des Wechselregresses unbedingt des Protestes bedarf, und in dieser Richtung daher die Protesterhebung auch beim Domicilwechsel in beiden Fällen, es mag ein Domiciliat benannt seyn oder nicht, nothwendig ist.[29]

Wenn, in welchem Falle eine Protesterhebung auch zur Erhaltung des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Acceptanten des gezogenen und den Aussteller des eigenen Domicilwechsels erforderlich seyn solle, bestimmt erst der zweite Satz der in Frage stehenden Artikel, indem hier ausgesprochen wird, daß, wenn die rechtzeitige Protesterhebung beim Domiciliaten verabsäumt werde, der wechselmäßige Anspruch auch gegen den Acceptanten des gezogenen und den Aussteller des eigenen Wechsels verloren gehe. Hiemit ist der Protest in allen Fällen, wo ein Domiciliat benannt ist, auch wenn kein Regreß denkbar, für wesentlich zu Erhaltung des Wechselrechts erklärt, da nach dem ersten Satze der Art. 43 und 99 im Fall der Benennung eines Domiciliaten der Protest, wo er erforderlich, stets gegen diesen zu erheben, und nach dem zweiten Satz die Versäumung des gegen den Domiciliaten zu erhebenden Protests unbedingt mit dem Verluste des Wechselrechts bedroht ist. Von dem Falle, wo ein Domiciliat in dem Domicilwechsel nicht benannt ist, redet aber auch der zweite Absatz der beiden fraglichen Artikel nicht; für diesen Fall muß daher die Regel bestehen bleiben, wonach zu Erhaltung der wechselrechtlichen Ansprüche gegen den Acceptanten des gezogenen und den Aussteller des eigenen Wechsels kein Protest erfordert wird.

---

[29] Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht Heft 1, S. 110.

Digitized by Google

Hiegegen wird von Koch geltend gemacht, daß ein domicilirter Wechsel immer einen Domiciliaten haben müsse, da ein Domicil für einen Wechsel nicht auf einem unbestimmten Straßenplatze ohne eine gewisse Person findbar seye. Fehle es daher an der besonderen Benennung einer bestimmten Person als Domiciliaten, so seye der Bezogene, (bei'm eigenen Wechsel der Aussteller) selbst der natürliche oder selbstverstandene Domiciliat, und es seyen demzufolge unter den Worten im zweiten Satze des Art. 43 (beziehungsweise Art. 99): „wird die Protesterhebung bei'm Domiciliaten verabsäumt" sowohl der besonders ernannte, wie der von selbst verstandene Domiciliat zu verstehen. — Allein daß unter dem im zweiten Satze der Art. 43 und 99 gebrauchten Ausdrucke „Domiciliat" nur der namentlich im Wechsel bezeichnete, vom Bezogenen des fremden und von dem Aussteller des eigenen verschiedene dritte Zahler verstanden seyn kann, dafür spricht schon der Umstand entscheidend, daß im ersten Satze der beiden Artikel der Fall, wenn ein Domiciliat benannt worden, demjenigen, wo ein solcher nicht benannt ist, ausdrücklich entgegengesetzt, und der Domiciliat vom Bezogenen und vom Aussteller des eigenen Domicilwechsels unterschieden wird, das Gesetz somit hier unzweifelhaft unter dem Domiciliaten nur den im Wechsel besonders benannten dritten Zahler, im Gegensatz gegen den von Koch so betitelten „natürlichen" Domiciliaten, versteht. Gegen alle Regeln der Auslegung aber würde es verstoßen, wenn man annehmen wollte, es habe der Gesetzgeber in demselben Artikel mit demselben Ausdruck zwei verschiedene Bedeutungen verbunden, und nachdem er im ersten Satz den Domiciliaten dem Bezogenen, beziehungsweise Aussteller, entgegengesetzt, im zweiten Satze mit jenem Ausdruck auch den letzteren zu bezeichnen beabsichtigt. Es kann dieß um so weniger angenommen werden, als man auch sonst nach dem bestehenden wechselrechtlichen Sprachgebrauche unter „Domiciliat" nur den besonders benannten dritten Zahler, nicht aber, wo ein dritter Zahler in einem Domicilwechsel nicht benannt ist, auch

Digitized by Google

den Bezogenen oder bei'm eigenen Wechsel den Aussteller, weil diese im Falle der unterbliebenen Benennung einer besonderen Zahlungsadresse den Wechsel am Domicil zu bezahlen haben, versteht.[30] Dem Einwand Koch's, daß ein Domicilwechsel ohne Domiciljaten sich gar nicht denken lasse, da ein Domicil für einen Wechsel auf einem unbestimmten Straßenplatze ohne eine gewisse Person nicht findbar seye, liegt eine offenbare Verwechslung zu Grunde. Allerdings ist ein Domicilwechsel nicht denkbar ohne eine bestimmte Person, welche den Wechsel an dem in demselben genannten, vom Wohnort des Bezogenen, bei'm eigenen Wechsel des Ausstellers, verschiedenen Zahlungsorte zu zahlen hat. Hieran fehlt es aber keinem Domicilwechsel; denn wenn in demselben nicht besonders angegeben ist, durch wen die Zahlung am Zahlungsort erfolgen solle, so erscheint als Zahler bei gezogenen Wechseln der Bezogene, Acceptant, (Art. 24), bei eigenen Wechseln der Aussteller, indem gesetzlich vermuthet wird, daß diese, wenn kein dritter Zahler benannt worden, zur Zahlungszeit am Zahlungsorte sich betreffen lassen werden.[31] Sie sind daher von dem Inhaber des, nicht mit besonderer Zahlungsadresse versehenen, Domicilwechsels zur Verfallzeit am Zahlungsorte Behufs der Präsentation des Wechsels zur Zahlung aufzusuchen, nöthigenfalls nach Maßgabe des hier Platz greifenden Art. 91 der allg. d. W. O. bei der Polizeibehörde zu erfragen, und wenn auch dieses ohne Erfolg geblieben und ein Protest wegen des Regresses erfordert wird, so ist der Wechsel am Zahlungsort in den Wind zu protestiren (der sogenannte Perquisitionsprotest).[32] Allein dar-

[30] Bluntschli, W.O. S. 62. Borchardt, W.O. (2. Aufl.) S. 122. Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht Heft 1, S. 97 ff. Haimerl, Anleitung zum Studium des W.R. S. 61. Archiv f. d. W.R. Bd. 4, S. 365, 368, 369. Bd. 5, S. 153, 154, 158 ff. 338. Bd. 9, S. 125.

[31] Prot. d. Leipz. Wechs.Conf. (Leipzig 1848) S. LIV. LV. und S. 54, 55. Brauer, W.O. S. 81. Haimerl Anleitung zum Studium d. W.R. S. 114, 115.

[32] Prot. d. Leipz. Wechs.Conf. (Leipzig 1848) S. LIV. und S.

Digitized by Google

aus, daß jeder Domicilwechsel begrifflich einen Zahler am Zahlungsort haben muß, und daß als dieser Zahler, wo keine bestimmte dritte Person benannt ist, der Bezogene, bei eigenen Wechseln der Aussteller gesetzlich präsumirt wird, folgt nicht, daß letztere „Domiciliaten" genannt werden müssen, und nur in diesem Fall wäre der Satz Koch's richtig, daß ein Domicilwechsel ohne Domiciliaten sich nicht denken lasse. Koch setzt hiebei voraus, daß der Bezogene, beziehungsweise der Aussteller des eigenen Domicilwechsels, wenn sie in Ermanglung eines besonders benannten Zahlers selbst als Zahler anzunehmen sind, unter den Begriff eines Domiciliaten fallen, während dieß erst zu beweisen wäre, und oben gezeigt wurde, daß dieser Annahme der übliche Sprachgebrauch entgegensteht, und jedenfalls das Gesetz jenen Begriff mit dem Ausdruck „Domiciliaten" nicht verbindet. Demgemäß stellt sich der Versuch Koch's, das in den Worten der Art. 43 und 99 liegende Argument für die herrschende Ansicht zu entkräften, als durchaus gescheitert dar.

Nun will zwar Koch einen direkten Beweis für die Richtigkeit seiner Ansicht auch noch in dem Wortlaut des Art. 44 finden. Allein dieser Artikel läßt sich weder für die eine noch für die andere Ansicht anführen. Denn derselbe besagt nur, daß von der darin ausgesprochenen Regel, wonach es zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten weder der Präsentation am Zahlungstage, noch der Erhebung eines Protests bedarf, der im Art. 43 erwähnte Fall die einzige Ausnahme bilde. Eine

52 ff. L. Wächter, im Archiv für d. W.R. Bd. 5, S. 160. Bluntschli, Bd. 2. W.O. S. 86. Treitschke, Encyclopädie S. 282. Geipke, Zeitschrift für Handelsrecht Heft 1, S. 116 Northoff, im Archiv f. d. W.R. Bd. 9, S. 111, 124. Renaud, Wechselrecht §. 26. Mit Unrecht wird in einer im Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 7, S. 55 ff. mitgetheilten Entsch. des Obergerichts zu Kassel vom 10. Januar 1857 und des Oberappellationsgerichts daselbst vom 26. Sept. 1857 angenommen, daß bei unbestimmt, d. h. ohne Angabe einer Adresse oder des Lokals der Zahlung, domicilirten Wechseln keine Protesterhebung erforderlich seye.

Digitized by Google

nähere Bezeichnung dieses Ausnahmsfalls enthält der Art. 44 nicht, es kann somit derselbe nur aus dem Art. 43 entnommen werden, und dieser spricht nach dem Ausgeführten unzweideutig für die oben vertheidigte Ansicht. Koch beruft sich hiegegen darauf, daß im Art. 44 Präsentation und Protesterhebung zusammengestellt werden, und gesagt seye, beide sollen nicht nöthig seyn, mit Ausnahme des im Art. 43 erwähnten Falls, und daß ebenso im Art. 43 (Abs. 1) wieder die Handlungen des Präsentirens und des Protestirens sich zusammengestellt finden, und zwar mit disjunktiver Beziehung auf zwei Personen, der Domiciliaten und den Bezogenen. Ganz logisch seye daher der Schluß: wenn dem Bezogenen präsentirt werden müsse, so müsse wohl auch bei ihm protestirt werden, da der Art. 44 in dieser Hinsicht keinen Unterschied zwischen jenen beiden Personen mache. Unlogisch dagegen sey es, den Art. 44 auf den zweiten Satz des Art. 43 zu beziehen, indem dadurch auch die Nothwendigkeit der im ersten Satze vorgeschriebenen Präsentation bei dem Bezogenen geläugnet werde. — Wenn hienach Koch aus den Bestimmungen der Art. 43 und 44 den Satz ableitet; daß, wo Präsentation nothwendig sey, dasselbe auch für die Protesterhebung gelten müsse, so ist hiegegen nichts zu erinnern. Allein für die Koch'sche Ansicht würde hieraus nur dann etwas folgen, wenn richtig wäre, daß im ersten Satz des Art. 43 jedenfalls die Präsentation zur Zahlung, auch wenn kein Domiciliat benannt worden, zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten für wesentlich erklärt seye. Daß der Art. 43 in seinem ersten Satze aber nur, wo und wem ein Domicilwechsel zu präsentiren ist, festsetzt, und die Frage, in welchem Falle die Präsentation und in Folge dessen auch die Protesterhebung zur Erhaltung des Wechselrechts erforderlich ist, gar nicht zum Gegenstand hat, ist schon oben gezeigt worden. Damit fällt auch der Einwand gegen die Beziehung des Art. 44 auf den zweiten Satz des

Digitized by Google

Art. 43. Zwar läßt sich in der Bestimmung des Art. 44, daß Präsentation und Protesterhebung, mit Ausnahme des im Art. 43 erwähnten Falls, nicht nöthig seyen, der Ausspruch finden, daß in diesem Ausnahmsfalle Beides, Präsentation und Protesterhebung erfordert werden, während im zweiten Satze des Art. 43 nur von der Nothwendigkeit der Protesterhebung ausdrücklich die Rede ist. Allein hieraus läßt sich nicht folgern, daß unter dem im Art. 44 gedachten Ausnahmsfalle der Fall von Satz 2 des Art. 43 nicht gemeint seyn könne. Denn indem hier die Protesterhebung M. Z. für wesentlich erklärt ist, so ist damit die Nothwendigkeit der Präsentation z. Z. von selbst auch ausgesprochen, da ja der Protest M. Z. eben die rechtzeitige Präsentation zur Zahlung, und daß letztere, der Präsentation ungeachtet, nicht erlangt werden konnte, erweisen solle (Art. 41), die Präsentation z. Z. dem Protest M. Z. daher stets vorangehen muß.[33]

Spricht all' diesem gemäß schon der Wortlaut des Gesetzes für die Ansicht, daß zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten des gezogenen und den Aussteller des eigenen Domicilwechsels Protesterhebung nur im Falle der Benennung einer dritten Person als Domiciliaten erforderlich ist, so wird diese Auslegung durch die Geschichte des Art. 43 noch weiter bestätigt.

Der Art. 43 war schon in dem preußischen Entwurf als §. 41 wörtlich enthalten,[34] und in den Motiven zu letzteren wird als der einzige Grund für die Ausnahmebestimmung der Ziff. 2, welche das Wechselrecht gegen den Acceptanten durch die Protesterhebung bei Domiciliaten bedingt, angeführt, daß das Verhältniß des Acceptanten zum Domiciliaten dem des Ausstellers zum Bezogenen in der Rücksicht, aus welcher man zur Erhaltung des Regresses gegen den Aussteller die Protesterhebung ver-

[33] Northoff, im Archiv f. d. W.R. Bd. 9, S. 114, 123.
[34] Prot. der Leipz.Conf. (Leipzig 1848) S. XII.

lange, im Wesentlichen gleich seye.[35] Von einem dem des Ausstellers zum Bezogenen ähnlichen Verhältniß des Acceptanten zum Domiciliaten kann aber nur die Rede seyn, wenn Domiciliat und Acceptant verschiedene Personen sind, und es lassen daher die besagten Motive keinen Zweifel, daß der preußische Entwurf mit dem Ausdruck Domiciliaten nur einen dritten Zahler bezeichnen, und nur im Falle der besonderen Benennung eines solchen als Domiciliaten das Wechselrecht gegen den Acceptanten durch die Protesterhebung gegen den Domiciliaten bedingen wollte. Hievon ging auch der Referent der Leipziger Wechselkonferenz aus, indem er in der Sitzung vom 9. November 1847 bemerkte, daß der Acceptant durch die Domicilirung zu dem Domiciliaten in eine ähnliche Stellung trete, in welcher der Trassant sich zu dem Bezogenen befinde, da der Acceptant durch die Domicilirung genöthigt werde, die zur Einlösung des Wechsels erforderlichen Zahlungsmittel nicht an seinem Wohnorte und bei sich bereit zu halten, sondern nach einem andern Orte zu einem Dritten hinzuschaffen und demnach bei diesem letzteren, ähnlich wie der Trassant bei dem Trassaten, für Deckung zu sorgen. Ganz wie der Trassant den Trassaten im Wechsel benenne, welchem er die Zahlung der im Wechsel verschriebenen Summe auftrage, ebenso weise der Domiciliant wieder den Wechselinhaber durch die Benennung des Domiciliaten weiter an, zu der im Wechsel angegebenen Zeit das Geld nicht bei ihm, dem Domicilianten, sondern bei dem Domiciliaten in Empfang zu nehmen. Wenn aber sonach der Domiciliant faktisch zum Trassanten werde und andererseits das Gesetz den Wechselinhaber, welcher seinen Wechselanspruch gegen den Trassanten und seine Vormänner sich erhalten wolle, verpflichte, pünktlich zu der im Wechsel angegebenen Zeit unter Präsentation des Wechsels die Einlösung bei dem Bezogenen nachzusuchen, und bei Nichtzahluug zu

[35] Ebendaselbst S. LVIII. LIX.

protestiren, so müsse die letztere Vorschrift auch auf den Inhaber eines Domicilwechsels dem Acceptanten gegenüber, der zugleich Domiciliant seye, analog zur Anwendung kommen, und demgemäß der Inhaber des Domicilwechsels für verbunden erachtet werden, seinen Wechsel zu gehöriger Zeit am Vollzugtage dem Domiciliaten bei Verlust des Wechselregresses gegen den Domicilianten zu präsentiren und im Fall der Nichtzahlung protestiren zu lassen. Eine entgegengesetzte Bestimmung, (d. h. also, wenn sich der Wechselgläubiger zur Verfallzeit nicht nothwendig der Zahlung wegen bei dem Domiciliaten melden müßte, sondern sich ohne Weiteres auch an den Acceptanten deshalb wenden könnte) würde dahin führen, daß der Domiciliant doppelte Mittel, bei dem Domiciliaten und bei sich selbst zur Einlösung des Wechsels bereit halten müßte. [36]

Alles dies trifft nur zu, wenn die Ausnahmebestimmung des Art. 43 auf den Fall beschränkt wird, wenn ein besonderer Domiciliat benannt worden, und zweifelslos ging daher der Referent der Kommission davon aus, daß nur für diesen Fall zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten Protesterhebung bei dem Domiciliaten erforderlich seyn solle. Diese Ansicht wurde aber auch von der Konferenz selbst getheilt. Von einem Mitglied derselben war nämlich bemerkt worden: da nach dem System des Entwurfs der Inhaber eines Domicilwechsels, in welchem die Zahlungsadresse nicht schon vom Aussteller im Wechsel vermerkt worden, beim Bezogenen sich gar nicht zu melden brauche, sondern diesen schlechthin als die zur Zahlungsleistung designirte Person ansehen und demgemäß erst zur Verfallzeit am Zahlorte aufsuchen könne, so treffe in diesem Falle die Analogie des Accepts mit einer neuen Trassirung, auf welcher Analogie die Bestimmung des Abs. 2 des § 41 (des preußischen Entwurfs und Art. 43 des Gesetzes) beruhe, nicht zu, und es müsse solche daher jedenfalls dahin einge-

[36] Ebendaselbst S. 83, 84.

schränkt werden, daß die angeordnete Folge eines Präjudizes wenigstens alsdann nicht eintrete, wenn der am Zahlungsorte aufzusuchende Zahler eben der Acceptant selbst sey. Diese letztere Bemerkung erkannte die Versammlung mit der Bevorwortung als richtig an, daß bei der Fassung weiter Rücksicht darauf zu nehmen seyn werde,[37] und in dem Entwurf der Fassungskommission wurde demgemäß zu der Bestimmung: „Wird die rechtzeitige Protesterhebung beim Domiciliaten verabsäumt, so geht dadurch der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller, die Indossanten und den Acceptanten verloren", der Zusatz gemacht: „gegen den letzteren jedoch nur in dem Falle, wenn der am Zahlungsorte aufzusuchende Zahler nicht der Acceptant selbst ist."[38] — Hienach kann darüber ein Zweifel nicht bestehen, daß nach der Absicht der Konferenz die Protesterhebung nur im Falle der Benennung eines besonderen Domiciliaten für nothwendig erklärt werden sollte. In der Sitzung vom 7. Dezbr. 1847 wurde zwar der Zusatz wieder wegzulassen beschlossen, allein keineswegs darum, weil der darin ausgesprochene Satz wieder zurückgenommen werden wollte, sondern darum, weil in dem Falle, daß der Acceptant eine Zahlungsadresse nicht beigefügt habe, und demnach selbst der am Zahlungsorte aufzusuchende Zahler sey, von einer Protesterhebung bei dem Domiciliaten gar nicht die Rede seyn könne.[39] Die Konferenz ging somit davon aus, daß unter den Begriff eines Domiciliaten nur der besonders benannte Zahler falle, somit schon damit, daß im Abs. 2 des Art. 43 nur die Protesterhebung beim Domiciliaten vorgeschrieben werde, ausgesprochen seye, daß Protesterhebung nicht erfordert werde, wenn der Acceptant selbst die Zahlung am Zahlungsort zu leisten habe, was mit der Auslegung des Art. 43, wie sie oben vertheidigt wurde, durch-

[37] Ebendaselbst S. 86.
[38] Ebendaselbst S. 257, 258.
[39] Ebendaselbst S. 237.

Digitized by Google

aus übereinstimmt. — Alles dieß hat Koch unbeachtet gelassen, und es scheint beinahe, daß ihm der Inhalt der Konferenzprotokolle ganz entgangen ist, da ihn derselbe sonst doch wohl zum mindesten gezwungen hätte, darauf einzugehen, auch kaum anzunehmen ist, daß er bei voller Kenntniß der Geschichte der fraglichen Gesetzesbestimmung mit seiner Ansicht so zuversichtlich aufgetreten wäre.

Daß von Koch gerade das Entscheidende übersehen worden, rührt offenbar von dem schon oben gerügten Fehler her, daß er die Hauptstütze seiner Ansicht in der Natur der Sache gesucht, damit das praktische Bedürfniß über das Gesetz gestellt und dieses aus jenem erklärt hat, während es sich lediglich darum handeln kann, was das Gesetz vorschreiben wollte und vorgeschrieben hat, und individuelle wandelbare Ansichten über das Bedürfniß des praktischen Verkehrs nicht entscheidend in Betracht kommen können. Es steht aber auch zudem der Nachweis der Naturwüchsigkeit der Koch'schen Ansicht auf schwachen Füßen. Der angeführte Fall, aus welchem der praktische Vorzug seiner Ansicht „von selbst in die Augen fallen soll," hat einen bei dem Wechselgläubiger selbst domicilirten Wechsel zum Gegenstand, und handelt zunächst davon, ob in einem solchen Falle der von Koch als Domiciliat aufgefaßte Wechselgläubiger verbunden ist, zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten gegen sich selbst Protest zu erheben, wovon unten noch die Rede seyn wird. Koch bejaht diese Frage, weil der Acceptant eine dritte, außerhalb des Wechsels stehende und in diesem nicht genannte Person beauftragt haben könne, die Zahlung am Zahlungsorte für ihn zu leisten, und ihm daran gelegen seyn müsse, durch den Protest „gegen den unbekannten Beauftragten" und die durch den Art. 45 vorgeschriebene sofortige Benachrichtigung von der Nichtzahlung jenes Dritten zeitig Kenntniß zu erhalten. Allein hiegegen ist schon im Allgemeinen zu bemerken, daß ein Protest Mangels Zahlung seinem Begriffe nach nur gegen eine Person erfolgen kann, welche durch den Wechsel selbst zu dessen

Digitized by Google

Einlösung berufen ist, nicht aber gegen dritte, außerhalb des Wechsels stehende Personen. Denn der Protest Mangels Zahlung wird aufgenommen zum Beweise, daß der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden und dieser Präsentation ungeachtet keine Zahlung erfolgt ist. Zur Zahlung präsentirt kann aber ein Wechsel nur denjenigen Personen werden, welche in dem Wechsel als Zahler genannt sind, nur gegen sie, nicht aber gegen „unbekannte" Dritte ist daher auch ein Protest möglich. Hiezu kommt, daß bei gezogenen Domicilwechseln ohne Benennung eines Domiciliaten gesetzlich präsumirt wird, daß der Acceptant selbst zur Zahlungszeit am Zahlungsorte sich betreffen lassen und die Zahlung leisten werde (Art. 24),[40] und dieselbe Voraussetzung wird stillschweigend im Art. 99 auch bezüglich des Ausstellers eines eigenen Domicilwechsels ohne Domiciliaten gemacht.[41] Ob der Bezogene, beziehungsweise der Aussteller des eigenen Wechsels, dieser ihrer gesetzlich ausgesprochenen Verbindlichkeit nachgekommen, wissen sie aber selbst am besten, ohne daß es hiezu erst ihrer Benachrichtigung durch den Wechselgläubiger bedürfte. Haben sie eine dritte, im Wechsel nicht benannte Person mit der Zahlung beauftragt, so berührt dieß den Wechselgläubiger, der nach dem Gesetze die Zahlung von dem Wechselschuldner selbst zu erwarten berechtigt ist, nicht, und kann in dem Wechselverhältniß überall nicht in Betracht kommen. Will der Acceptant die Zahlung am Wechseldomicil nicht selbst leisten, sondern durch einen Dritten leisten lassen, so zeigt ihm das Gesetz den Weg, vor Schaden sich zu wahren. Er hat in diesem Falle nur nöthig, bei der Annahme auf dem Wechsel zu bemerken, durch wen die Zahlung am Zahlungsort geschehen soll (Art. 24), in welchem Falle sodann dem so benannten Domiciliaten der Wechsel zur Zahlung zu präsentiren und, wenn er nicht zahlt, gegen ihn zu protestiren (Art. 43) und sofortige Nachricht hievon dem Acceptan-

[40] Vgl. Note 31.

[41] Berger im Archiv f. d. W.R. Bd. 4, S. 368, 371.

Digitized by Google

ten zu ertheilen ist,[42] und dasselbe gilt auch vom Aussteller des eigenen Domicilwechsels. Wird die Benennung eines Domiciliaten aber unterlassen, so hat der Acceptant des gezogenen und der Aussteller des eigenen Domicilwechsels dem eigenen Versäumnisse es zuzuschreiben, wenn sie durch dritte, mit der Zahlung von ihnen beauftragte Personen, welche außer dem Wechsel stehen, und dem Wechselinhaber ganz unbekannt bleiben, in Schaden kommen, und es kann diese Versäumniß des Wechselschuldners keinen Grund abgeben, ihn von der unbedingten Haftung aus seinem Accepte, bei eigenen Wechseln aus der Ausstellung des Wechsels, zu befreien, und die Erhaltung des Wechselrechts gegen ihn durch die Erhebung eines durch den Inhalt des Wechsels selbst in keiner Weise motivirten Protests zu bedingen.[43] Ist dagegen im Wechsel selbst die dritte Person (Domiciliat) benannt, durch welche die Zahlung am Zahlungsorte geleistet werden soll, so fällt das dadurch begründete Rechtsverhältniß, wie dieß insbesondere L. Wächter[44] festhält und auch von Northoff[45] und C. F. Koch[46] angenommen wird, unter den rechtlichen Gesichtspunkt einer Assignation. Denn die Benennung eines Domiciliaten hat zum Zwecke, daß die an sich dem Acceptanten unmittelbar obliegende Zahlung in dessen Namen durch

---

[42] Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht Heft 1. S. 116, 117. Northoff im Archiv f. d. W.R. Bd. 9, S. 134 ff.

[43] Berger im Archiv f. d. W.R. Bd. 4, S. 371.

[44] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 159, 160. Auch Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht Heft 1, S. 97 ff. hebt diesen Gesichtspunkt hervor, nimmt aber zugleich die Analogie des Verhältnisses des Trassanten zum Trassaten zu Hilfe, indem er den Domicilianten mit dem ersten, den Domiciliaten mit dem letzteren vergleicht. Ebenso erkennt Haimerl, Anleitung zum Studium des W.R. S. 153, obwohl er gleichfalls die Vergleichung des Verhältnisses des Domicilianten zum Domiciliaten mit dem des Ausstellers zum Bezogenen in den Vordergrund stellt, an, daß jenes Verhältniß dem eines Assignanten zum Assignaten ähnlicher seye.

[45] Im Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 9, S. 109, 120 ff.

[46] Wechselrecht (1850) S. 231.

Digitized by Google

den Domiciliaten erfolgen, und der Wechſelinhaber dieſe Zahlungsanweiſung ſich gefallen laſſen und demzufolge die Zahlung bei dem Domiciliaten zu erheben verſuchen ſolle und dieß entſpricht durchaus dem rechtlichen Begriff einer Anweiſung. Es enthält die Benennung eines Domiciliaten Seitens des Acceptanten, beim eigenen Wechſel Seitens des Ausſtellers, welcher Benennung die Beſtätigung der von dem Traſſanten ausgegangenen Benennung durch das Accept gleichſteht,[47] den gedoppelten Auftrag einmal an den Domiciliaten zur Zahlung an den Wechſelinhaber, das Zahlungsmandat, und dann an dieſen zur Erhebung der Zahlung bei jenem, das Einkaſſirungsmandat. Der Acceptant, beim eigenen Wechſel der Ausſteller (Domiciliant) erſcheint demzufolge als Aſſignant, der Domiciliat als Aſſignat. Derjenige, welcher einen Domicilwechſel annimmt, erklärt aber hiemit thatſächlich ſeine Einwilligung in die im Wechſel enthaltene Aſſignation und ſeine Bereitwilligkeit zur Annahme des in der Aſſignation liegenden Auftrags zur Erhebung der Wechſelſumme bei dem Domiciliaten. Mit der Annahme der Aſſignation wird der Aſſignatar an dieſelbe dergeſtalt gebunden, daß er auf Grund derſelben zuvörderſt Zahlung von dem Aſſignaten zu erlangen verſuchen muß, ehe er ſolche vom Schuldner ſelbſt fordern kann, denn zu jenem Verſuche hat er ſich durch die Annahme der Anweiſung verpflichtet.[48] Demgemäß iſt der Inhaber eines Domicilwechſels ſchon nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen verbunden, wegen der Zahlung ſich zunächſt an den Domiciliaten zu wenden, und ihm zu dieſem Zwecke den Wechſel zur Zahlung zu präſentiren, und kann auf den Wechſelſchuldner ſelbſt, d. h. alſo auf den Domicilianten oder Aſſignanten nur dann zurückgreifen, wenn er jener Verbindlichkeit zuvor nachgekommen, von dem

[47] Uebereinſtimmend hiemit hat das Obertribunal zu Berlin in einem Erkenntniß vom 17. Sept. 1859 ganz richtig ausgeſprochen, daß auch der vom Wechſelzieher benannte Domiciliat als Mandatar des Acceptanten gelte. Striethorſt, Archiv Bd. 34, S. 252.

[48] Sintenis, Civilrecht (1. Aufl.) Bd. 2, S. 682 in der Note.

Digitized by Google

Domiciliaten aber keine Zahlung erlangt hat. Der Anspruch des Wechselinhabers gegen den Acceptanten, beim eigenen Wechsel gegen den Aussteller, ist daher nach der Natur des in dem Wechsel selbst ausgesprochenen Rechtsverhältnisses zwischen denselben durch den Beweis bedingt, daß der Wechsel dem Domiciliaten zuvor rechtzeitig präsentirt, aber keine Zahlung von ihm erlangt worden ist.[49] Das einzige im Wechselverkehr als zuläßig erkannte Beweismittel für Präsentation und Zahlungsmangel ist aber der rechtzeitig aufgenommene Protest; es muß dieß daher auch für den dem Wechselinhaber obliegenden Beweis gelten, daß er Zahlung von dem Domiciliaten verlangt aber nicht erhalten habe, so daß sich bei Domicilwechseln mit benanntem Domiciliaten die Vorschrift der Protesterhebung als Bedingung der Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten, beim eigenen Wechsel gegen den Aussteller, von selbst als nothwendige Konsequenz des in der Benennung des Domiciliaten liegenden Assignationsverhältnisses ergibt. Man hat daher nicht nöthig, das Verhältniß des Acceptanten, beim eigenen Wechsel des Ausstellers, zum Domiciliaten nach der Analogie des Verhältnisses des Trassanten zum Trassaten zu betrachten,[50] oder auf den rein prakti-

---

[49] Northoff a. a. O. S. 134. ist der Ansicht, daß an sich und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Beweislast auf dem Wechselschuldner, dem Domicilianten, ruhen würde; allein da der Assignatar, welcher die Assignation angenommen, in Folge der Annahme verpflichtet ist, die Zahlung von dem Assignaten zu fordern, ehe er den Assignanten in Anspruch nehmen kann, indem in der Annahme der Assignation die Einwilligung des Assignatars gefunden werden muß, daß er zuvörderst von dem Assignaten Zahlung zu erhalten versuchen wolle, ehe er diese von dem Assignanten fordere, so bildet die vergebliche Anforderung des Assignaten eine thatsächliche Voraussetzung für die Klage gegen den Assignanten, und dem Assignatar liegt es daher ob, jene vergebliche Anforderung zu behaupten und zu erweisen.

[50] Diese, wie bereits erwähnt, von dem Referenten der Leipziger Wechselkonferenz adoptirte, und von der Majorität der Konferenz nicht widersprochene Auffassung findet sich schon in der Abhandlung von Cropp: „über die Pflichten des Inhabers eines domicilirten Wechsels"

Digitized by Google

schen Grund sich zu stützen, daß eine entgegengesetzte Bestimmung den Domicilianten zur Bereithaltung doppelter Mittel für die Einlösung des Wechsels, nämlich beim Domiciliaten und bei sich selbst, nöthigen würden.[51] Muß hienach der juristische Grund der fraglichen Vorschrift wesentlich in dem durch die Benennung eines Domiciliaten begründeten Assignationsverhältniß gesucht werden, so ergibt sich damit die innerliche Nothwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Domicilwechseln mit und ohne Domiciliaten von selbst. Denn wo kein Domiciliat benannt ist, fällt das Assignationsverhältniß weg, und es liegt nur das einfache Verhältniß des Wechselinhabers zu dem Acceptanten, beim eigenen Wechsel dem Aussteller vor. Als solche aber sind diese unbedingt aus ihrer Unterschrift verhaftet, ohne daß es zur Erhaltung des Wechselrechts gegen sie besonderer Schritte Seitens des Wechselinhabers bedarf. Die Unterscheidung ist daher keine willkührliche, sondern in dem Wesen und der Natur dieser Wechsel innerlich begründet, und damit der oben versprochene Beweis geliefert, daß die Ansicht, welche Protesterhebung zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten des gezogenen und den Aussteller des eigenen Domicilwechsels nur im Falle der Benennung eines Domiciliaten für wesentlich erklärt, durch äußere und innere Gründe außer Zweifel gestellt wird.

---

in den juristischen Abhandlungen von Heise und Cropp Bd. 1, S. 564, und auch Thöl, Handelsrecht Th. 2, S. 452, vertheidigt dieselbe. Vergleiche auch Note 42.

[51] Auch dieser Grund wurde nach dem oben Ausgeführten bei der Leipziger Wechselkonferenz geltend gemacht, und es stützen sich auf denselben auch Berger im Archiv f. d. W.R. Bd. 4, S. 372, und Kitka ebendaselbst Bd. 6, S. 328, sowie die, im Archiv f. d. W.R. Bd. 3, S. 344, Bd. 5, S. 236 und 338, und in der österr. Gerichtszeitung vom Jahr 1852 Nro. 142 und vom Jahr 1861 Nro. 40 mitgetheilten Entscheidungen österreichischer Gerichte; auch in den Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft von Schletter Bd. 7, S. 119 wird darauf Gewicht gelegt.

Digitized by Google

B. Wenn der Wechselgläubiger selbst als Domiciliat bezeichnet ist.

Es kann nun aber auch der Fall eintreten, daß der Domiciliat zur Verfallzeit des Wechsels selbst Wechselinhaber ist, und hier entsteht die Frage, ob auch in diesem Falle zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten, bei eigenen Wechseln gegen den Aussteller, Protest Mangels Zahlung, welchen der Wechselinhaber gegen sich selbst erheben lassen müßte, erforderlich ist. Auch diese Frage ist sowohl in der Theorie als in der Praxis bestritten. Sie wird verneint von Leonhard Wächter,[52] von Kletke,[53] von Northoff[54] und in verschiedenen Entscheidungen des obersten Gerichtshofs zu Wien,[55] sowie in einer ältern Entscheidung des niederösterreichischen Oberlandesgerichts.[56] In späteren Entscheidungen hat sich jedoch letztere Gerichtsstelle für die Bejahung der Frage ausgesprochen,[57] ebenso das böhmische[58] und das m. sch. Oberlandesgericht,[59] sowie das Obertribunal zu

---

[52] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 162, 163.

[53] Encyclopädie Heft 1, S. 111.

[54] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 9, S. 126 ff.

[55] Oesterreichische Gerichtszeitung von 1856, Nro. 4, 72, 93, von 1861 Nro. 40. Archiv für d. W.R. Bd. 5, S. 338, 339, Bd. 6, S. 296, 297, 302, 303, 306. Borchardt, W.O. S. 122.

[56] Oesterreichische Gerichtszeitung von 1852 Nro. 142. Archiv f. d. W.R. Bd. 3, S. 343, 344.

[57] Oesterreichische Gerichtszeitung von 1854 Nro. 85. Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 83, 84. Andere Entscheidungen beantworten die Frage bedingt. Oesterreichische Gerichtszeitung von 1858 Nro. 36, 55, 88.

[58] Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 337.

[59] Oesterreichische Gerichtszeitung von 1861 Nro. 40.

Digitized by Google

Berlin,[60] und unter den Wechselrechtsschriftstellern wird die Frage von Berger[61] und Koch[62] bejaht.

Bei Beantwortung der Frage ist vor Allem derjenige Fall auszuscheiden, welcher in der Theorie und Praxis vorzugsweise Gegenstand der Erörterung geworden ist, nämlich der im kaufmännischen Verkehr keineswegs seltene[63] Fall, wenn ein von dem Aussteller an eigene Ordre gezogener Domicilwechsel bei diesem selbst domicilirt, d. h. „zahlbar beim Aussteller" gestellt ist. Denn in diesem Falle ist in Wirklichkeit ein Domiciliat gar nicht vorhanden. Domiciliat ist, dem oben Ausgeführten zufolge, die in einem Domicilwechsel vom Aussteller oder vom Bezogenen besonders benannte Person, durch welche die an sich dem Acceptanten als solchem zunächst und unmittelbar obliegende Zahlung für diesen, in dessen Namen und Auftrag, an den, durch die Benennung des Domiciliaten zur Zahlungserhebung bei demselben angewiesenen, Wechselinhaber am dritten Zahlungsorte geschehen solle. Der Domiciliat steht somit, möge seine Benennung von dem Bezogenen bei dem Accepte, oder schon von dem Trassanten bei der Ausstellung des Wechsels erfolgt und von jenem durch sein

[60] Seuffert, Archiv, Bd. 12, Nro. 71 a. E. — Entsch. des Obertribunals zu Berlin Bd. 44, Nro. 31, S. 215. Deutsche Gerichtszeitung von 1861 S. 256. In einer von Borchardt, W.O. S. 122 mitgetheilten Entscheidung vom 17. September 1857 scheint übrigens das Berliner Obertribunal die Frage verneint zu haben.

[61] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 4, S. 372.

[62] Ebendaselbst Bd. 7, S. 8 ff.

[63] Vergleiche Archiv f. d. W.R. Bd. 3, S. 343, 344, Bd. 5, S. 83, 84, 162, 337 ff., Bd. 6, S. 210, 306. Oesterreichische Gerichtszeitung von 1852 Nro. 142, von 1854 Nro. 85, von 1861 Nro. 40. Seuffert, Archiv Bd. 12, Nro. 71. Entsch. d. Obertribunals zu Berlin, Bd. 44, Nro. 31, S. 215. L. Wächter im Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 162 bezeugt, daß in Hamburg häufig auf auswärts gezogene Wechsel vorkommen, welche bei dem Trassanten selbst domicilirt und dann nicht weiter begeben werden, und welche lediglich zum Zwecke haben, den Bezogenen wechselmäßig zu obligiren.

Digitized by Google

Accept nur genehmigt worden seyn,[64] als Assignat auf der Seite des Acceptanten als des Assignanten und hat als dessen Mandatar die Zahlung an den Wechselgläubiger zu leisten, während letzterer solche als Assignatar von dem Domiciliaten zu erheben und zu empfangen hat. Hiemit ist es unvereinbar, den Trassanten und zumaligen Remittenten als Eine Person mit dem Domiciliaten zu denken. Denn der an eigene Ordre ziehende Trassant spricht durch die Ziehung des Wechsels das Verlangen aus, die Zahlung der Wechselsumme von dem Bezogenen zu erhalten, und die Bewirkung dieser Zahlung durch den Bezogenen stellt sich damit als der ausgesprochene Zweck der Ziehung des Wechsels durch den Trassanten dar. Als Domiciliat würde der Trassant aber wieder den Auftrag des Bezogenen übernehmen, selbst die Zahlung für diesen zu leisten, und würde somit fast in einem Athem und in demselben Wechsel, welchen er zum Zwecke der Erlangung der Zahlung durch den Acceptanten gezogen, und durch welchen er in Folge des Accepts Gläubiger von diesem geworden, als Domiciliat sofort wieder sich verpflichten, die Zahlung nicht unmittelbar von dem Acceptanten zu verlangen, sondern in dessen Auftrage bei sich selbst zu erheben und sich selbst zu leisten, was ein Widerspruch in sich selbst wäre und das ganze Geschäft zu einem widersinnigen machen würde. Der Begriff des Trassanten und zumaligen Remittenten und derjenige des Domiciliaten schließen sich daher gegenseitig nothwendig aus, und es kann deßhalb, wenn eine domicilirte Tratte zahlbar beim Aussteller und Remittenten gestellt ist, hierin die Benennung eines Domiciliaten nicht erblickt, es muß vielmehr angenommen werden, daß die Parteien, indem sie die Tratte zahlbar beim Aussteller gestellt, mit diesen Worten einen andern Sinn verbunden haben. Enthalten die Worte aber keine Bezeichnung der Person des Zahlers, so können

[64] Vergleiche Note 47.

sie nur als eine nähere Bezeichnung des Zahlungsorts aufgefaßt werden, und es kann ihr Sinn kein anderer seyn, als daß die von dem Bezogenen zu leistende Zahlung beim Aussteller, d. h. in dessen Wohnung oder Geschäftslokal geleistet werden solle. Demnach ist eine beim Aussteller zahlbare domicilirte Tratte ein Domicilwechsel ohne Domiciliaten, und somit aus diesem Grunde ein Protest Mangels Zahlung zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten nicht erforderlich.

Dieß ist in einzelnen Entscheidungen des böhmischen Oberlandesgerichts,[65] des m. sch. Oberlandesgerichts,[66] sowie des Obertribunals zu Berlin[67] verkannt worden, während die Entscheidungen des obersten Gerichtshofs zu Wien vom 16. Januar 1856 und vom 3. Juli 1860,[68] sowie eine Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts zu Celle[69] die hier vertheidigte Ansicht zur Anwendung gebracht haben, und auch das niederösterreichische Oberlandesgericht sich dahin ausgesprochen hat, daß der Ausdruck in einem Domicilwechsel „zahlbar beim Aussteller" nicht als Benennung eines Domiciliaten aufgefaßt werden könne, sondern dahin gedeutet werden müsse, daß die Zahlung bei dem Aussteller in seiner Wohnung, durch den Bezogenen geleistet werden solle.[70] Ebenso ist L. Wächter der Ansicht, daß im Fall der Domicilirung einer Tratte bei dem Aussteller und Remittenten ein Domiciliat im juristischen Sinn des Worts nicht vorhanden seye.[71]

---

[65] Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 337.

[66] Oesterreichische Gerichtszeitung von 1861 Nro. 40.

[67] Entsch. Bd. 44, Nro. 31, S. 215. Seuffert, Archiv Bd. 12, Nro. 71. Archiv f. d. W.R. Bd. 7, S. 179.

[68] Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 338, 339. Oesterreichische Gerichtszeitung von 1856 Nro. 93, von 1861 Nro. 40.

[69] Archiv f. d. W.R. Bd. 6, S. 210.

[70] Archiv f. d. W.R. Bd. 3, S. 343 ff. Bd. 5, S. 83. Oesterr. Gerichtszeitung von 1852 Nro 142, von 1854 Nro. 85.

[71] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 162.

Digitized by Google

Northoff[72] geht gleichfalls davon aus, daß die Bedeutung der Domicilirung bei dem Traſſanten und Remittenten keine andere ſeyn könne, als daß der Bezogene ſelbſt bei ihm zahlen wolle, und der Wechſel daher zunächſt für einen Domicilwechſel ohne Domiciliaten zu nehmen ſeye. Er will dieß aber nur ſo lange gelten laſſen, als der Wechſel in den Händen des Ausſtellers ſich befindet; begebe dieſer dagegen den Wechſel weiter, ſo erſcheine er von dieſem Augenblicke an als Domiciliat, und es habe der dritte Inhaber des Wechſels zunächſt bei ihm die Zahlung zu ſuchen. Darin liege die zweifache Natur und der zweifache Zweck einer Tratte an eigene Ordre, welche bei dem Gläubiger ſelbſt domicilirt werde. So lange die Identificirung des Domiciliaten mit dem Gläubiger daure, komme lediglich in Betracht, daß der Domiciliat die Zahlung direkt von dem Acceptanten bei ſich in Empfang nehmen und mit dieſem darüber ſich berechnen ſolle. Dieſes Verhältniß bleibe beſtehen, ſo lange das Wechſelverhältniß ſelbſt beſtehe, und ſeye als Zahlungsmandat aufzufaſſen, ſobald der Wechſel in dritte Hände komme. Das Wandelbare ſeye das Einkaſſirungsmandat, welches mit dem Giro von einer Hand in die andere gehe. — Dieſe Anſicht kann ich nicht für haltbar erkennen. Das Geſetz unterſcheidet nur zwei Arten von Domicilwechſeln, ſolche, in welchen ein Domiciliat benannt, und ſolche, in denen keiner benannt iſt, (Art. 24 und 43), eine dritte Art, welche die beiden erſteren in ſich vereinigen würde und je nach der Perſon des Beſitzers bald als Wechſel mit, bald als ſolcher ohne Domiciliaten zu behandeln wäre, kennt das Geſetz nicht. Die Frage kann daher nur ſeyn, iſt in einem Domicilwechſel ein Domiciliat benannt, oder iſt keiner benannt, und dieſe Frage muß, wenn eine domicilirte Tratte an eigene Ordre zahlbar beim Ausſteller geſtellt iſt, wie gezeigt, verneint, und

[72] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 9, S. 111. Note 12 und S. 126 ff.

Digitized by Google

bei der Unvereinbarkeit der Stellung des Ausstellers und Remittenten und derjenigen des Domiciliaten angenommen werden, daß durch die Domicilirung beim Aussteller nicht die Person des Zahlers bezeichnet, sondern nur der Ort der Zahlung näher bestimmt werden sollte. Ist aber dies der Fall, muß somit angenommen werden, daß die Benennung eines Domiciliaten von Anfang an gar nicht beabsichtigt war, so kann logischer Weise auch eine Veränderung in der Person des Wechselinhabers hieran nichts ändern, und der Aussteller durch die Weiterbegebung des Wechsels nicht zum Domiciliaten werden. Um seine entgegengesetzte Ansicht zu begründen, unterstellt Northoff, wenn ich seinen Gedankengang richtig aufgefaßt habe, daß der Aussteller, bei dem die Tratte an eigene Ordre domicilirt worden, eigentlich schon von vornherein zwar als Domiciliat benannt seye, daß er solcher aber, so lange er Wechselgläubiger bleibe, in Wirklichkeit nicht seyn könne, und daher erst durch die Weiterbegebung des Wechsels dazu werde. Allein indem Northoff es für ganz klar erklärt, daß der Wechselgläubiger rechtlicher und logischer Weise nicht zugleich die mit der Zahlung beauftragte Person, also nicht zugleich Domiciliat seyn könne, und weiter bemerkt, daß es widersinnig erscheinen würde, sowohl in Ansehung der Wechselinteressenten: bei dem Wechselgläubiger selbst die Zahlung zu assigniren, wie auch in Ansehung des Gesetzes: diesen Gebrauch zu gestatten, und man daher, da dieß nicht anzunehmen seye, in dem Falle, wenn eine Tratte an eigene Ordre zahlbar beim Aussteller gestellt seye, diesen Worten einen andern vernünftigen Sinn, nämlich daß der Bezogene selbst bei dem Aussteller zahlen wolle,[73] unterlegen müsse, so hat Northoff damit offenbar ausgesprochen, daß man den Wechselinteressenten die widersinnige Absicht, den Aussteller und Remittenten als Domiciliaten zu benennen,

[73] Ebendaselbst S. 111, Note 12 und S. 128.

Digitized by Google

nicht unterstellen könne. Hiemit aber ist es unvereinbar, den Aussteller, wie dieß von Northoff geschieht, doch wieder als Domiciliaten zu betrachten, und es ist ein Widerspruch in sich selbst, wenn zuerst nachgewiesen wird, daß den Parteien die Absicht, den Aussteller als Domiciliaten zu benennen, nicht unterstellt werden könne, nachher aber doch von der Eigenschaft des Ausstellers als Domiciliaten ausgegangen wird, und daraus Folgerungen gezogen werden. Dieß thut Northoff, indem er sagt, daß, so lange der Wechsel nicht weiter begeben worden, lediglich in Betracht komme, daß der Domiciliat die Zahlung direkt von dem Acceptanten bei sich in Empfang nehmen und mit diesem sich darüber berechnen solle, und dieses Verhältniß bestehen bleibe, so lange das Wechselverhältniß selbst bestehe, und als Zahlungsmandat aufzufassen seye, sobald der Wechsel in dritte Hände komme. Also obgleich Northoff den Satz aufstellt, daß, so lange der ursprüngliche Inhaber den Wechsel besitze, kein Domiciliat vorhanden seye, soll in diesem Stadio doch in Betracht kommen, daß der Domiciliat die Zahlung von dem Acceptanten in Empfang nehmen solle, ja es soll sogar dieses Verhältniß zwischen Domiciliaten und Acceptanten allein in Betracht kommen, als ob nicht die Erwirkung der Zahlung des letzteren an den Wechselgläubiger der Endzweck des Wechselgeschäfts wäre. Und weiter, es soll aus diesem Verhältniß folgen, daß die Eigenschaft der bei dem Aussteller domicilirten Tratte als eines Domicilwechsels ohne Domiciliaten nur so lange daure, als er in den Händen des ursprünglichen Wechselgläubigers sich befinde. Denn das Verhältniß, wonach der Domiciliat die Zahlung direkt von dem Acceptanten bei sich in Empfang nehmen und mit diesem sich berechnen solle, soll zwar bestehen bleiben, auch wenn der Wechsel weiter begeben werde, soll aber nun als Zahlungsmandat aufzufassen seyn. Dieß hat nur dann einen Sinn, wenn man das Verhältniß des Ausstellers von Anfang an als

Digitized by Google

das eines Domiciliaten betrachtet, welcher als solcher die Deckung von dem Acceptanten zu empfangen und, so lange er selbst Wechselinhaber ist, sich selbst, nach erfolgter Begebung des Wechsels aber dem dritten Inhaber zu zahlen hat. Denn nur bei dieser Unterstellung könnte bei der Fortdauer desselben Verhältnisses von einer Auffassung desselben als Zahlungsmandat denkbarer Weise gesprochen werden, während, wenn der Aussteller, so lange er den Wechsel besitzt, nur Wechselgläubiger ist, sein Verhältniß zum Acceptanten lediglich das eines Gläubigers zu seinem Schuldner ist und nicht abzusehen wäre, wie dieses Verhältniß je als Zahlungsmandat sollte aufgefaßt werden können. Dasselbe gilt von dem, was Northoff von der Wandelbarkeit des Einkassirungsmandats sagt; denn wenn dieses mit dem Giro von einer Hand in die andere wandeln soll, muß es gleichfalls zuvor schon bestanden haben, was wiederum voraussetzen würde, daß der Aussteller von Anfang an als Domiciliat habe benannt werden wollen. Ueber diese Auffassung hat aber Northoff selbst und mit vollem Recht den Stab gebrochen.

Man wird daher daran festhalten müssen, daß, wenn eine domicilirte Tratte an eigene Ordre zahlbar bei dem Aussteller gestellt ist, hierin die Benennung eines Domiciliaten überhaupt nicht liegt, und daher ein solcher Wechsel zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten der Protesterhebung nicht bedarf, mag er zur Verfallzeit noch in den Händen des Ausstellers oder im Besitz eines Dritten sich befinden.

Koch meint freilich, daß auch bei Wechseln dieser Art Gründe der Zweckmäßigkeit so entschieden für das Erforderniß der Protesterhebung sprechen, daß, wenn auch die Wechselordnung dießfalls nichts vorschreiben würde, die Ansicht von der Nothwendigkeit der Protesterhebung durch die Macht der praktischen Verkehrsverhältnisse Anerkennung und Geltung sich verschaffen müßte.[74] Allein abgesehen davon, daß die

[74] Archiv f. d. W.R. Bd. 7, S. 14—16.

Digitized by Google

von Koch geltend gemachten Zweckmäßigkeitsgründe sich beanstanden lassen,[75] können solche hier, wo es sich um eine positive Gesetzesvorschrift handelt, überhaupt nicht in Betracht kommen, und es kann die Frage nur seyn, ob das Gesetz bei Wechseln der fraglichen Art zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten Protesterhebung erfordert, was, wie gezeigt, verneint werden muß. Zwar mag es seyn, daß unter den Kaufleuten auch mancher deutschen Wechselplätze diese Protesterhebung demungeachtet in Uebung ist, wie dieß L. Wächter[76] von dem Hamburger Kaufmannsstande bezeugt; allein wo solche Proteste in Fällen, in denen blos das Wechselrecht gegen den Acceptanten in Frage steht, aufgenommen werden, ist dieß eben eine überflüssige Handlung, welcher jede rechtliche Bedeutung abgeht.[77]

Dasselbe was hienach bezüglich der Protesterhebung bei domicilirten Tratten an eigene Ordre gilt, die beim Aussteller zahlbar gestellt sind, findet gleichmäßig Anwendung auf bei dem ursprünglichen Wechselgläubiger domicilirte eigene Wechsel. Denn auch hier wäre es ein Widerspruch in sich selbst, wenn man annehmen wollte, es habe der Aussteller des eigenen Domicilwechsels, welcher sich durch die Ausstellung zur Zahlung der Wechselsumme an den Wechselgläubiger verpflichtet hat, diesen zu gleicher Zeit wiederum beauftragt, selbst die Wechselsumme an sich zu bezahlen. Auch hier muß daher aus denselben Gründen angenommen werden, daß durch die Domicilirung bei dem ursprünglichen Wechselgläubiger nur der Ort der Zahlung näher bezeichnet

---

[75] Und auch schon beanstandet worden sind. Northoff, im Archiv f. d. W.R. Bd. 9, S. 129, 130. Wenn jedoch Northoff hiebei die Schlußfolgerung Koch's in ihr Gegentheil verwandelt, und von der Zwecklosigkeit und Entbehrlichkeit des Protests auf das gesetzliche Nichtbestehen schließen will, so verfällt er in denselben Fehler, welcher der Koch'schen Beweisführung zu Grunde liegt.

[76] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 162.

[77] Vergleiche auch Northoff im Archiv f. d. W.R. Bd. 9, S. 130, 131.

Digitized by Google

nicht aber der Gläubiger als Domiciliat benannt werden wollte, woraus von selbst folgt, daß bei solchen eigenen Wechseln zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Aussteller kein Protest nöthig ist. Eine Entscheidung des obersten Gerichtshofs zu Wien stimmt im Resultat hiemit überein, legt aber auf den Umstand, daß der Wechsel zur Verfallzeit noch in den Händen des ursprünglichen Wechselgläubigers sich befand, unrichtigerweise ein entscheidendes Gewicht. [78]

Ein anderer Fall ist es, wenn am Anfang eine dritte Person als Domiciliat benannt war, und diese erst nachher den Wechsel erwirbt und zur Zahlungszeit im Besitz desselben sich befindet. Da auch in diesem Falle Eine Person die Eigenschaft des Wechselgläubigers und Domiciliaten in sich vereinigt, und somit, im Fall ein Protest erforderlich, die Person, gegen welche Protest zu erheben ist, und diejenige, welche solchen zu erheben hat, zusammenfallen, so liegt auch hier die Frage nahe, ob dennoch zur Erhaltung des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Acceptanten des gezogenen und den Aussteller des eigenen Domicilwechsels Protest M. Z. erforderlich ist. Diese Frage ist zu bejahen. Zwar behauptet Northoff, [79] daß auch der dritte Domiciliat, der durch Giro später den Wechsel erwerbe, aufhöre Domiciliat zu seyn, und derselbe Gedanke liegt einer Entscheidung des obersten Gerichtshofs zu Wien vom 1. April 1856 zu Grunde. [80] Allein der in der Benennung eines Domiciliaten liegende gedoppelte Zahlungsauftrag des unmittelbaren Wechselschuldners an den Domiciliaten zur Zahlung an den Wechselinhaber, und an letzteren zur Einhebung der Zahlung bei jenem wird durch den Erwerb des Wechsels Seitens des Domiciliaten nicht von selbst aufgehoben. Ein zwingender innerer Grund hiefür liegt nicht vor, vielmehr hat nun

---

[78] Oesterr. Gerichtszeitung von 1856 Nro. 4. Archiv f. d. W.R. Bd. 6, S. 396, 297.

[79] Archiv f. d. W.R. Bd. 9, S. 128.

[80] Oesterr. Gerichtszeitung von 1856 Nro. 72.

Digitized by Google

eben der Wechselinhaber in Folge der Vereinigung der Eigenschaft des Assignatars und Assignaten in seiner Person, falls er als Domiciliat die erforderliche Deckung erhalten, einfach an sich selbst zu zahlen, beziehungsweise die Zahlung bei sich selbst zu erheben. Die gegentheilige Annahme würde voraussetzen, daß der Acceptant, beim eigenen Wechsel der Aussteller, für den möglichen Fall des Uebergangs des Wechsels in den Besitz des Domiciliaten sich habe verpflichten wollen, selbst am Zahlungsorte die Zahlung zu leisten, was sich um so weniger annehmen läßt, als dem Acceptanten des gezogenen und dem Aussteller des eigenen Domicilwechsels vor dessen Verfall der Umstand regelmäßig gar nicht zur Kenntniß kommen wird, daß der Wechsel in die Hände der von ihnen als Domiciliat benannten Person übergegangen, ihnen somit auch nicht wohl möglich ist, die geeigneten Vorkehrungen zu treffen, man müßte ihnen denn zumuthen wollen, unter allen Umständen doppelte Vorsorge für die Zahlung des Wechsels zu treffen, was gewiß nicht als in der Absicht des Domicilianten liegend betrachtet werden kann. Es muß daher angenommen werden, daß das durch Benennung eines Domiciliaten begründete Rechtsverhältniß durch den Uebergang des Wechsels auf letztern in rechtlicher Beziehung keine Aenderung erleidet, und der Wechsel nach= wie vorher ein Wechsel bleibt, in welchem ein Domiciliat benannt ist.

Für diesen Fall schreiben aber die Art. 43 und 99 der allgemeinen deutschen Wechselordnung die Protesterhebung beim Domiciliaten als eine wesentliche formelle Voraussetzung nicht nur zur Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung statthaften Regresses, sondern auch zur Erhaltung des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Acceptanten des gezogenen und den Aussteller des eigenen Wechsels allgemein und ausnahmslos vor, und es wird ganz allgemein und ohne Erwähnung irgend einer Ausnahme der Verlust des Wechselrechts an die Versäumung der rechtzeitigen Protesterhebung beim Domiciliaten geknüpft. Wo bestimmte Formalitäten

Digitized by Google

oder Solennitäten als wesentlich vorgeschrieben sind, ist aber ein Abgehen von denselben nicht gestattet, selbst wenn sie im einzelnen Falle den Schein einer Ueberflüssigkeit haben, und es ist nicht zulässig, eine Form ausnahmsweise nachzulassen, wenn das Gesetz eine solche Ausnahme nicht macht. Dieß hat eine Entscheidung des niederösterreichischen Oberlandesgerichts richtig erkannt,[81] und derselben Ansicht ist auch Berger,[82] wogegen der oberste Gerichtshof zu Wien in der schon erwähnten Entscheidung vom 1. April 1856[83] sowie Borchardt,[84] L. Wächter[85] und Northoff[86] für die entgegengesetzte Ansicht und somit dafür sich ausgesprochen haben, daß, wenn der Domiciliat sich zur Verfallzeit des Wechsels selbst im Besitze desselben befindet, Protesterhebung zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten des gezogenen und den Aussteller des eigenen Wechsels nicht erfordert werde. Zur Begründung dieser Ansicht wird geltend gemacht, daß der Zweck des Protests Mangels Zahlung wesentlich auf Feststellung des Beweises gerichtet seye, daß der Wechselinhaber den Wechsel rechtzeitig zur Zahlung präsentirt, ungeachtet der gehörigen Diligenz von seiner Seite aber keine Zahlung erlangt habe. Dieser Zweck des Protests falle weg, wenn der Zahlungsberechtigte selbst der Domiciliat sey, da in diesem Falle von einer Diligenz des Gläubigers keine Rede seyn, somit auch durch den Protest nicht dargethan, und ebensowenig das Ausbleiben der Zahlung durch die einseitige Erklärung des Wechselinhabers bewiesen werden könne. Es würde somit der Protest des Wechselinhabers gegen sich

---

[81] Oesterr. Gerichtszeitung von 1854 Nro. 85 und im Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 84.

[82] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 4, S. 372.

[83] Oesterr. Gerichtszeitung von 1856 Nro. 72.

[84] Wechselordnung S. 121.

[85] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 162, 163.

[86] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 9, S. 128.

Digitized by Google

selbst nur eine nichtssagende Förmlichkeit seyn.[87] Allein wenn einmal die Beobachtung einer Förmlichkeit für gewisse Fälle als wesentlich vorgeschrieben ist, so ist ein Abgehen hievon unzuläßig, und es kann darauf, ob die Förmlichkeit im einzelnen Falle als überflüssig und zwecklos sich darstellt, nicht ankommen. Das Gesetz schreibt aber die Protesterhebung, wo ein Domiciliat benannt ist, ausnahmslos als eine wesentliche formelle Voraussetzung für die Erhaltung des Wechselrechts mit klaren Worten vor. Nun müssen zwar auch bei rein formellen Vorschriften die Worte der erweislichen Absicht des Gesetzgebers nachstehen, und es können für den Beweis dieser Absicht und somit für den weiteren oder engeren Sinn des Gesetzes dessen Gründe maßgebend seyn. Die Zuläßigkeit einer einschränkenden Auslegung der an sich unzweideutigen Worte eines Gesetzes wegen seiner Gründe setzt jedoch den Nachweis voraus, daß die Absicht des Gesetzgebers wirklich nur so weit ging, oder nach der Natur der fraglichen Gründe gegangen seyn kann, als diese reichen. Um in dem Falle, wenn der Domiciliat zur Zahlungszeit Wechselinhaber geworden, den Protest aus dem Grunde nachlassen zu können, weil der Zweck des Protests, die Präsentation und Nichtzahlung des Wechsels zu beweisen, nicht zutreffe, müßte nicht nur dieß als der einzige Grund und

---

[87] Nach einer Mittheilung von Borchardt, W.O. S. 122, hat sich auch das Obertribunal zu Berlin in einem Erkenntniß vom 17. September 1857 dahin ausgesprochen, daß der Zweck des Protests, als eines Seitens des Zahlungsberechtigten gegen einen von ihm verschiedenen Zahlungsverpflichteten gerichteten, auf Feststellung der nicht erlangten Zahlung abzielenden Acts, in dem Fall, wo der Zahlungsberechtigte selbst als Domiciliat auf dem Wechsel bezeichnet seye, von selbst ausscheide. Von dieser Ansicht ist aber das Berliner Obertribunal später wieder abgegangen, soferne in einem, in dessen Entscheidungen Bd. 44 Nro. 31, S. 215 mitgetheilten neueren Erkenntnisse die Frage von dem Erforderniß des Protests in dem gedachten Falle bejaht wurde, weil solcher hier keineswegs zwecklos seye, wie man dagegen geltend gemacht habe.

Digitized by Google

Zweck der fraglichen Gesetzesbestimmung nachgewiesen, sondern auch außer Zweifel gestellt seyn, daß der Gesetzgeber die allgemeine Vorschrift der Art. 43 und 99 nur auf die von jenem Grund und Zweck betroffenen Fälle habe beschränken, und demzufolge den in Frage stehenden Fall mit fraglicher Vorschrift, wenn gleich die Worte des Gesetzes auch auf ihn passen, seinem Sinn nach nicht habe treffen wollen. Für diese Annahme fehlt es aber an einem sicheren Anhaltspunkte. Der innere Grund, aus welchem in den Art. 43 und 99 bei Domicilwechseln mit benanntem Domiciliaten die Protesterhebung gegen diesen auch zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten des gezogenen und den Aussteller des eigenen Wechsels vorgeschrieben worden, ist zwar, wie oben gezeigt, auf die durch die Benennung eines Domiciliaten begründete Verbindlichkeit des Wechselinhabers zurückzuführen, die Einkassirung des Wechsels zunächst bei dem Domiciliaten zu versuchen, welcher Versuch sowohl, als dessen Mißlingen durch den Protest erwiesen werden soll. Allein wenn auch dieser Zweck der Protesterhebung in einem Falle, wo der Domiciliat selbst zur Verfallzeit Inhaber des Wechsels geworden, wegfällt, da von einem Versuche des Wechselinhabers, die Zahlung von sich selbst zu erlangen, keine Rede seyn kann, so folgt hieraus nicht von selbst, daß dieser Fall von dem Gesetze seinem Sinn nach nicht betroffen werden sollte. Wir haben oben gesehen, daß bei der Leipziger Wechselkonferenz als Zweck der Vorschrift der Protesterhebung gegen den Domiciliaten zur Wahrung des Wechselrechts gegen den Acceptanten insbesondere auch geltend gemacht wurde, den Domicilianten gegen die Belästigung zu schützen, doppelte Mittel zur Einlösung des Wechsels bei dem Domiciliaten und bei sich bereit halten zu müssen. Es sollte somit durch die fragliche Gesetzesbestimmung den Nachtheilen möglichst vorgebeugt werden, welche dem Acceptanten, beim eigenen Wechsel dem Aussteller daraus erwachsen könnten, wenn er, ungeachtet der dem Domiciliaten gemachten Deckung, dennoch selbst von dem Wechselinhaber in Anspruch genommen würde.

Digitized by Google

Diesem Zwecke kann die Vorschrift der Protesterhebung auch im Falle des Uebergangs des Wechsels in die Hände des Domiciliaten immerhin wenigstens mittelbar dienen. Denn wenn auch der letztere durch jene Vorschrift nicht gehindert wird, den Acceptanten, beim eigenen Wechsel den Aussteller, ungeachtet der von diesem erhaltenen Deckung als Wechselinhaber auf Zahlung zu belangen, so ist doch eine Folge der Protesterhebung, daß der Domiciliat den Acceptanten des gezogenen oder den Aussteller des eigenen Wechsels, falls er denselben aus dem Wechsel zu belangen beabsichtigt, nach Analogie der Bestimmung des Art. 43 der allg. d. W. O. innerhalb zweier Tage nach dem Tage der Protesterhebung von der Nichtzahlung des Wechsels schriftlich benachrichtigen muß. [88] Hiedurch wird der Acceptant, beziehungsweise Aussteller, welcher dem Domiciliaten Deckung verschafft hatte, [89] wenigstens zeitig in den Stand gesetzt, alsbald die zu seiner Sicherstellung etwa erforderlichen Schritte zu thun, und auf diese Weise sich vor Schaden zu wahren, der ihm bei längerer Verzögerung möglicher Weise sonst zugehen könnte. Denn wenn auch dem Acceptanten, beim eigenen Wechsel dem Aussteller, welcher von dem Domiciliaten als Wechselinhaber ungeachtet der ihm beschafften Deckung belangt wird, unter Umständen eine nach Art. 82 zulässige Einwendung zu seinem Schutz zustehen wird, so lassen sich doch auch Fälle denken, wo eine solche Einrede nicht Platz greift, [90] und daher die zeitige Benachrichtigung von der Protesterhebung

---

[88] Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht, Heft 1, S. 116, 117. L. Wächter im Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 164. Koch, ebendaselbst Bd. 7, S. 16. Northoff, ebendaselbst Bd. 9, S. 131—136.

[89] Dieß kann natürlich auf die verschiedenste Weise geschehen, es kann der Domiciliat die Deckung durch Baarsendung oder Wechsel erhalten haben, oder kann derselbe schon vorher Schuldner des Domicilianten gewesen seyn, oder kann er in einem Abrechnungs- oder in einem Credit-Verhältniß zu diesem stehen u. s. w.

[90] Berger im Archiv f. d. W.R. Bd. 4, S. 373.

Digitized by Google

für den Acceptanten, beziehungsweise den Aussteller von Werth ist. Dient aber die Vorschrift der Protesterhebung auch bei der nachträglichen Vereinigung des Domiciliaten und Wechselinhabers in Einer Person dem ihr unterliegenden praktischen Zwecke der möglichsten Sicherung des Acceptanten oder des Ausstellers des eigenen Wechsels vor Schaden wenigstens in dieser mittelbaren Weise, so kann der Umstand, daß der Protest seinen nächsten und unmittelbaren Zweck des Beweises der erfolglosen Diligenz des Wechselinhabers nicht erfüllen kann, einen entscheidenden Grund für eine einschränkende Auslegung der Gesetzesbestimmung nicht abgeben. Hiezu kommt, wie von Berger[91] richtig bemerkt worden, daß der Umstand, ob der Domiciliat zur Zahlungszeit Wechselinhaber gewesen, in der Regel nur durch einen zur Verfallzeit aufgenommenen Protest sich wird erweisen lassen, da die Indossamente nicht datirt seyn müssen, meistens auch nicht datirt sind und häufig in blanco ausgestellt werden. Dieß müßte, wenn man die Protesterhebung für den Fall, daß der Domiciliat zur Zahlungszeit Inhaber des Wechsels geworden, für die Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten und gegen den Aussteller des eigenen Wechsels nicht für erforderlich erachten würde, darauf führen, den Protest zum Beweise der Voraussetzung für seine Entbehrlichkeit wieder für nothwendig zu erklären, wie dieß in der That auch in Entscheidungen des niederösterr. O.-Landesgerichts vom 21. Okt. 1857, 3. März 1858 und 5. Juni 1858 geschehen ist, indem solche hervorgehoben haben, daß, wenn aus dem Wechsel selbst nicht ersichtlich seye, daß der Domiciliat zur Verfallzeit Inhaber des Wechsels gewesen, die Beibringung des Protests nothwendig bleibe.[92] Daß das Gesetz die Protestaufnahme für einen Fall nachzulassen beabsichtigt, dessen Eintritt der Regel nach eben nur wieder durch

---

[91] Ebendaselbst.

[92] Oesterr. Gerichtszeitung von 1858 Nro. 36, 55, 88.

Digitized by Google

die Protestaufnahme erweislich wäre, darf dem Gesetze aber doch nicht unterstellt werden. Man hat daher allen Grund, auch für den Fall, wenn der Domiciliat zur Zahlungszeit im Besitz des Wechsels sich befindet, die Erhebung eines Protests, des s. g. Deklarationsprotests, auch als Voraussetzung für die Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten des gezogenen und den Aussteller des eigenen Wechsels für gesetzlich geboten zu erkennen.

Wäre es zulässig, aus dem Hauptzwecke des Protests, zum Beweis der erfolglosen Diligenz des Wechselgläubigers zu dienen, auf den Umfang seines gesetzlichen Bestands zu schließen und demgemäß die Vorschrift der Protesterhebung auf diejenigen Fälle zu beschränken, in welchen der Protest jenem Hauptzwecke zu dienen geeignet ist, so müßte dieß konsequenter Weise nicht blos für den Fall der Art. 43 und 99, sondern in gleicher Weise auch für den der Art. 41 und 98 Ziff. 6, somit auch dann gelten, wenn es sich um die Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung statthaften Regresses handelt. Denn jener Hauptzweck des Protests ist in beiden Fällen derselbe. Für letzteren Fall bemerkt aber Northoff [93] ganz richtig, daß ein Protest erfordert werde, auch wenn der Domiciliat zur Zahlungszeit selbst Wechselgläubiger sey. In diesem Fall bilde nun einmal der Beweis der Nichtzahlung die Regel, und wenn dem auch von dem Wechselgläubiger, der selbst Domiciliat seye, nicht Genüge geleistet werden könne, so möge doch der Gesetzgeber hierin keinen Grund gefunden haben, für jenen speziellen Fall eine Ausnahme von der Regel zu statuiren, daher für diesen Fall die nakte Beweisform unter dem Namen der sogenannten Deklarations- oder Windproteste bestehen geblieben seye. Dasselbe muß aus denselben Gründen auch für den Fall gelten, wenn es sich um Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten oder den Aussteller des eigenen Domicilwechsels handelt.

[93] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 9, S. 130.

Digitized by Google

II. Von dem Erforderniſſe des Proteſts bei der Regreßklage gegen den Traſſanten, wenn der Wechſel bei ihm ſelbſt domicilirt worden.

Bezüglich der Vorausſetzungen für die Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung ſtatthaften Regreſſes gegen die Indoſſanten und den Ausſteller des gezogenen Domicilwechſels enthält die allgemeine deutſche Wechſelordnung keine beſonderen Beſtimmungen, und es gilt dießfalls die allgemeine, im Art. 43 lediglich beſtätigte Vorſchrift des Art. 41, wonach die rechtzeitige Proteſterhebung als weſentliche Bedingung des Regreſſes erklärt iſt. Wenn ein Domicilwechſel durch Verſäumniß der Proteſterhebung präjudicirt iſt, ſo iſt daher hiemit jeder Regreßanſpruch gegen den Traſſanten und die Indoſſanten in gleicher Weiſe, wie bei jedem andern präjudicirten Wechſel erloſchen. Dennoch iſt die Frage ſtreitig geworden, ob zur Erhaltung des Wechſelrechts gegen den Traſſanten Proteſterhebung auch dann für erforderlich zu erachten ſey, wenn er ſelbſt als Domiciliat im Wechſel benannt iſt, die Proteſterhebung ſomit gegen ihn ſelbſt in ſeiner Eigenſchaft als Domiciliaten vorgenommen werden müßte. Eine Entſcheidung des Obertribunals zu Berlin vom 9. Mai 1857 hat die Frage verneint.[94] Dieſer unbedingten Verneinung iſt Northoff entgegengetreten; auch er hat die Frage jedoch nicht unbedingt, ſondern nur für die Regel bejaht und für den Fall des Zugeſtändniſſes der Präſentation des Wechſels und deſſen Nichtzahlung durch den Domiciliaten den Proteſt wegen ſeiner Bedeutungsloſigkeit und Entbehrlichkeit für nicht nothwendig erklärt.[95] Nach meiner Anſicht iſt die Frage unbedingt und für alle Fälle zu bejahen.

Uebrigens wird die Frage nur in ſeltenen Fällen

---

[94] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 7, S. 179—181 und in Seuffert's Archiv Bd. 12, Nro. 71.

[95] Im Archiv f. d. W.R. Bd. 9, S. 137 ff.

Digitized by Google

praktisch werden. Denn die Voraussetzung für ihre Möglichkeit überhaupt bildet der Umstand, daß der Trassant zugleich Domiciliat ist. Dieß ist, wie oben gezeigt worden, dann nicht der Fall, wenn der Wechsel zwar bei dem Trassanten domicilirt, jedoch an dessen eigene Ordre gestellt ist, indem in diesem Falle angenommen werden muß, daß die Domicilirung bei dem Trassanten nicht die Benennung eines Zahlers, sondern nur die nähere Bezeichnung des Zahlungsorts zum Zwecke hat, und der Wechsel somit als ein Domicilwechsel ohne Domiciliaten von dem Acceptanten am Zahlungsorte zu zahlen ist. Hier trifft das der Frage zu Grund liegende Bedenken, daß gegen den Trassanten selbst protestirt werden müßte, nicht zu, indem der Wechsel, als ein Domicilwechsel ohne Domiciliaten dem Acceptanten zur Zahlung zu präsentiren, und, wenn er die Zahlung verweigert oder am Zahlungsort nicht getroffen wird, gegen ihn ebendaselbst auch der Protest zu erheben ist. In diesem Fall kann daher auch kein scheinbarer Zweifel bestehen, daß die Protesterhebung auch für den Regreßanspruch gegen den Trassanten wesentlich ist. Domiciliat kann der Trassant nur seyn, wenn er nicht zugleich Remittent ist, und nur in diesem Fall kann daher in Frage kommen, ob die Wechselregreßklage gegen den Trassanten wesentlich voraussetzt, daß ihm in seiner Eigenschaft als Domiciliaten der Wechsel zur Verfallzeit präsentirt und im Nichtzahlungsfalle Protest gegen ihn aufgenommen worden ist.

Bei Beantwortung dieser Frage kann als entscheidend nur die Bestimmung des Gesetzes in Betracht kommen, dieses aber schreibt im Art. 41 die Präsentation des Wechsels zur Zahlung und den Beweis dieser Präsentation, sowie der Nichterlangung der Zahlung durch einen rechtzeitig aufgenommenen Protest mit klaren und unzweideutigen Worten als Bedingung jeder Regreßnahme ausnahmslos vor, und im Art. 43 wird in Anwendung dieser Bestimmung auf den Domicilwechsel die Versäumung

Digitized by Google

der rechtzeitigen Protesterhebung beim Domiciliaten mit dem Verlust jedes wechselmäßigen Anspruchs insbesondere auch gegen den Aussteller noch ausdrücklich bedroht. Hienach sind es zwei Handlungen, deren Vornahme dem Wechselinhaber als unerläßliche Bedingung der Ausübung des Regresses gegen den Trassanten durch das Gesetz vorgeschrieben sind: die Präsentation zur Zahlung bei Verfall und die rechtzeitige Aufnahme eines diese Präsentation und die Nichtzahlung erweisenden Protests. Die Versäumung der einen oder der anderen Handlung bewirkt die Erlöschung der wechselmäßigen Verbindlichkeit des Trassanten. Es ist der Wechsel, sobald die für die Erhebung des Protests vorgeschriebene Zeit abgelaufen ist, ohne daß Protest erhoben worden, präjudicirt und darum jeder wechselmäßige Anspruch gegen den Trassanten ausgeschlossen (vergleiche Artikel 83 der allgemeinen deutschen Wechselordnung), woraus von selbst sich ergibt, daß ohne Protest ein Regreß gar nicht denkbar ist. In Uebereinstimmung hiemit ist auch im Art. 50 der allgemeinen deutschen Wechselordnung nur von Regreßansprüchen desjenigen Wechselinhabers, welcher den Wechsel Mangels Zahlung protestiren lassen, die Rede, zum weiteren Beweise, daß das Gesetz einen Regreß ohne Protest überall nicht kennt.

Eine besondere Bestimmung bezüglich des Falls der Regreßnahme gegen den Trassanten, welcher als Domiciliat benannt worden, enthält das Gesetz nicht, es muß daher auch für diesen Fall die allgemeine Bestimmung gelten.

Dieß erkennt auch Northoff an, indem derselbe davon ausgeht, daß auch die Zulässigkeit der Klage gegen den Trassanten und zumaligen Domiciliaten der Regel nach davon abhänge, ob ihm in letzterer Eigenschaft der Wechsel zur Zahlung rechtzeitig präsentirt worden, und eine den Beweis dieser Präsentation liefernde Protesturkunde vorliege. Allein er faßt den Protest lediglich als ein, wenn auch ausschließliches, Beweismittel für die geschehene Präsentation auf,

Digitized by Google

welches eben daher dann hinwegfalle, wenn es überhaupt keines Beweises dieser Handlung bedürfe. Eines solchen bedürfe es aber dann nicht, wenn der Trassant, obwohl er allerdings hiezu nicht verbunden seye, sich auf die Klage einlasse und die Präsentation und Nichtzahlung zugestehe. In diesem Fall seye daher der Trassant nicht mehr befugt, den Mangel der Protestlevirung zum Gegenstand einer Einrede zu machen. Denn unter jener Voraussetzung würde der Protest als eine nackte Form erscheinen, auf welche man dem liquiden materiellen Rechtsverhältniß gegenüber kein Gewicht legen dürfe.[96] Die Widerlegung dieser Ansicht liegt schon in dem, was oben vorausgeschickt worden. Zwar ist zuzugeben, daß der Protest wesentlich zum Zwecke hat, für die Präsentation und Nichterlangung der Zahlung ein Beweismittel abzugeben. Allein seine Nothwendigkeit ist nicht von dem Erfordernisse jenes Beweises abhängig gemacht, und besteht, wenn auch die Präsentation durch andere Beweismittel außer allen Zweifel gestellt werden könnte. Denn nicht die Präsentation des Wechsels für sich allein, sondern neben derselben auch die Protesterhebung ist im Art. 41 als ein wesentliches Erforderniß für die Ausübung des Wechselregresses vorgeschrieben, und es muß nicht nur die Präsentation des Wechsels zur Zahlung erfolgt, sondern diese Präsentation sowie die Nichtzahlung auch durch einen rechtzeitigen Protest dargethan seyn. Ohne diesen Protest ist daher die Präsentation für die Begründung der Wechselregreßklage ohne alle Bedeutung, wie denn auch im Art. 43 die Versäumung der rechtzeitigen Protesterhebung, ohne zu unterscheiden, ob der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden oder nicht, mit dem Verlust des wechselmäßigen Regreßanspruchs an den Trassanten ausdrücklich bedroht ist. Der Protest hat hienach zwar einerseits die Bedeutung eines Beweismittels, aber er ist nicht blos Beweismittel, sondern er ist zugleich eine wesentliche formelle Bedingung des Regresses, mit andern Worten also

[96] a. a. O. S. 138, 139.

Digitized by Google

eine Solennität. Solennitäten müssen aber beobachtet werden, ohne daß ihre Nothwendigkeit oder Entbehrlichkeit im einzelnen Falle in Betracht kommen kann.[97] Uebrigens ist es, wenn auch nicht von dem Standpunkte Northoff's, so doch nach der richtigen Ansicht von der Natur des Geständnisses, ein innerer Widerspruch, wenn Northoff einerseits zugibt, daß der Protest das allein zulässige Beweismittel für die richtige Präsentation des Wechsels und die erfolgte Nichtzahlung sey, andererseits aber doch das Geständniß die Stelle dieses ausschließlichen Beweismittels vertreten lassen will. Denn auch das Geständniß ist als ein Beweismittel zu betrachten,[98] und muß daher, wenn der Protest das ausschließliche Beweismittel für die Präsentation und Nichtzahlung ist, folgerichtig ebenso ausgeschlossen seyn, wie jedes andere Beweismittel. Ein innerer Unterschied besteht dießfalls nicht, und es ist nicht abzusehen, warum der Protest, wenn der Beweis der Präsentation und Nichtzahlung durch klare Urkunden geführt ist, weniger eine nackte Form seyn sollte, als wenn der Beweis durch Geständniß erbracht worden. In beiden Fällen ist die Thatsache, für welche der Protest ein Beweismittel abzugeben bestimmt ist, in gleicher Weise liquid und bedarf keines weitern Beweises mehr. Northoff sagt zwar, daß es im Fall eines Geständnisses überhaupt keines Beweises bedürfe. Allein richtig ist nur so viel, daß das gerichtliche Geständniß den

[97] Mit dieser Auffassung stimmt auch L. Wächter im Archiv f. d. W.R. Bd. 7, S. 233 ff. überein, indem dessen Ausführung nur gegen die Auffassung des Wechselprotests als eines strengen Formalakts und die hieraus gezogenen Folgerungen bezüglich der Requisite des Protests gerichtet ist, dagegen aber anerkennt, daß der Protest ein Solennitätsakt, eine unerläßliche wechselrechtliche Solennität oder Formalität ist, und daher nicht durch andere Vornahmen oder Beweismittel ersetzt werden kann.

[98] Vergleiche Linde, Lehrbuch des Civilprozesses (5. Auflage) §. 253 und 256. Anderer Ansicht bezüglich des gerichtlichen Geständnisses ist allerdings Wetzell, Syst. §. 21, Note 5 und unter Berufung auf diesen Maren, Beweislast. S. 56, 57, Note 6, und zu derselben Ansicht scheint sich Northoff zu bekennen.

Digitized by Google

Beweispflichtigen der Nothwendigkeit überhebt für die Erbringung des Beweises selbst thätig zu werden, aber der Grund hievon liegt eben darin, daß die zu beweisende Thatsache durch das Geständniß bereits erwiesen ist. Ebenso bedarf es aus demselben Grunde keines (weiteren) Beweises, wo z. B. eine anerkannte klare Urkunde vorliegt. Es müßte daher der Satz von Northoff, wenn er richtig wäre, für den einen, wie für den andern Fall gleich gelten. Wir haben jedoch oben gesehen, daß der Protest, wenn auch ein Beweismittel, doch zugleich ein unerläßlicher Solennitätsakt und für die Erhaltung des Wechselrechts gegen den Aussteller als nothwendige Form vorgeschrieben ist. Der Art. 43 spricht mit klaren Worten aus, daß, wenn der Protest nicht rechtzeitig, also innerhalb der für dessen Aufnahme vorgeschriebenen Zeit vorgenommen worden, in Folge dieser Versäumniß die wechselrechtliche Verbindlichkeit des Trassanten und das Klagrecht gegen ihn erloschen ist. Das so erloschene Klagrecht kann aber dadurch nicht wieder aufleben, daß nachträglich eine seiner Voraussetzungen anerkannt wird. Noch muß ich bemerken, daß es unerklärlich scheint, warum Northoff das Zugeständniß der erfolgten Präsentation und Nichtzahlung gerade nur bei dem Regreß gegen den als Domiciliaten benannten Trassanten den Mangel der Protestlevirung ersetzen lassen will. Ein solches Geständniß könnte bei jedem Regreßanspruch erfolgen, und müßte, wenn demselben die von Northoff ihm beigelegte Wirkung überhaupt zukäme, dieselbe Wirkung bei jedem Regreßanspruch haben.

Einen ganz anderen Weg als Northoff hat das Obertribunal zu Berlin eingeschlagen, ist aber hiebei auf einen vollständigen Irrweg gerathen, wie schon Northoff[99] gezeigt hat, dessen Ausführung nur Weniges nachzutragen ist. Das Berliner Obertribunal geht davon aus, daß, wenn der als Domiciliat benannte Wechselaussteller mit einer Wechselklage belangt werde, der Fall einer

[99] a. a. O. S. 140—142.

Digitized by Google

Regreßnahme gar nicht vorliege. Denn in der Benennung des Wechselausstellers als Domiciliaten liege dessen Erklärung, daß der Inhaber wegen der Zahlung an ihn sich wenden solle; in Folge dieser Erklärung aber stelle sich nicht der Acceptant, sondern der Aussteller als Principalverpflichteter dar, und es nehme die Tratte in Bezug auf den Aussteller die Natur eines Eigenwechsels an, aus welchem der Aussteller nicht erst im Wege des Regresses, sondern zunächst und unmittelbar verpflichtet seye. Es bedürfe daher so wenig, wie bei einem eigenen domicilirten Wechsel, in welchem kein vom Aussteller verschiedener Domiciliat benannt seye, einer Protestaufnahme gegen den nicht erst im Weg der Regreßnahme, sondern unmittelbar verpflichteten Aussteller.[100] Die Grundlage dieser ganzen Auffassung bildet die Annahme, daß der Wechselaussteller, welcher zugleich Domiciliat seye, in der Wechselurkunde selbst erklärt habe, daß der Inhaber sich wegen der Zahlung an ihn wenden solle. Schon dieß würde zum mindesten nur dann zutreffen können, wenn der Aussteller sich selbst als Domiciliaten bezeichnet oder doch seine erfolgte Benennung, die nach Art. 24 der allgemeinen deutschen Wechselordnung auch vom Bezogenen beim Accept geschehen kann, ausdrücklich oder thatsächlich genehmigt hat. Es kann aber auch der Fall eintreten, daß der Aussteller vom Bezogenen als Domiciliat bezeichnet wird, ohne daß jener hievon vor der Präsentation des Wechsels auch nur Kenntniß erhalten, und in diesem Fall könnte doch gewiß in der Benennung des Ausstellers keine Erklärung von diesem und keine Uebernahme einer Zahlungsverbindlichkeit gefunden werden. Sieht man jedoch auch hievon ab und faßt man nur den Fall in's Auge, wo der Aussteller sich selbst als Domiciliaten benannt hat oder eine Genehmigung seiner Benennung von seiner Seite

[100] Archiv f. d. W.R. Bd. 7, S. 180, Seuffert, Archiv Bd. 12, S. 100.

angenommen werden kann, so läßt sich hieraus die Uebernahme einer principalen Wechselverbindlichkeit von Seiten des Domiciliaten nicht folgern. Denn die Benennung eines Domiciliaten involvirt, wie oben gezeigt, überhaupt kein wechselmäßiges Geschäft, sondern fällt unter den Gesichtspunkt einer civilrechtlichen Assignation und erzeugt eben daher nur civilrechtliche, keine wechselrechtliche Verbindlichkeiten. Gegenüber dem Domiciliaten insbesondere wird durch seine Benennung lediglich der Auftrag des Acceptanten ausgesprochen, die Wechselsumme in seinem Namen an den jeweiligen Wechselinhaber zu bezahlen. Nur die Annahme dieses Auftrags kann daher auch aus der Genehmigung der Benennung des Domiciliaten durch diesen gefolgert werden. Allerdings übernimmt daher hienach der Domiciliat durch die Annahme des Zahlungsauftrags zwar die Verbindlichkeit zur Zahlung der Wechselsumme an den Inhaber des Wechsels, aber er übernimmt keine wechselmäßige, sondern nur eine civilrechtliche Verbindlichkeit. Wenn er die Zahlung verweigert, so findet daher ein wechselmäßiger Anspruch an ihn in seiner Eigenschaft als Domiciliaten nicht Statt, und es bleibt dem Wechselinhaber nur übrig, entweder den Acceptanten aus seinem Accepte in Anspruch zu nehmen, oder seine Vormänner im Regreßweg zu belangen. Zu den Vormännern gehört nun allerdings auch der Trassant, und wenn der Trassant und Domiciliat in Einer Person vereinigt sind, so kann diese, wenn sie als Domiciliat die Zahlung verweigert, als Trassant sofort wechselrechtlich belangt werden. Allein die Verbindlichkeit des Trassanten ist nur eine subsidiäre, die Klage gegen ihn eine Regreßklage, und als solche durch die rechtzeitige Präsentation und Protestation des Wechsels bedingt. Dieß hat das Berliner Obertribunal verkannt, indem dasselbe, anstatt die beiden Eigenschaften des Trassanten und Domiciliaten gehörig auseinander zu halten, die dem Domiciliaten als solchem obliegende civilrechtliche Principalverbindlichkeit,

Digitized by Google

offenbar durch Vermischung mit der dem Trassanten obliegenden subsidiären Wechselverbindlichkeit, in eine wechselmäßige Principalverpflichtung verwandelt, und demzufolge irriger Weise die Verpflichtung des Trassanten und zumaligen Domiciliaten derjenigen eines Eigenwechselausstellers gleichstellen zu können geglaubt hat.

---

2) Zur Lehre von den Inhaberpapieren; Ausstellungs-Befugniß und Amortisation.[1]

(Eine Entscheidung des Obertribunals.)

Ueber Inhaberpapiere, welche von Privatpersonen oder Vereinen ausgestellt sind, enthält die württembergische Gesetzgebung keine Bestimmungen. Das Gesetz vom 16. Sept. 1852 (Reg.-Bl. S. 223) hat nur die auf den Inhaber lautenden Staatsschuldscheine zum Gegenstand. Dasselbe ist nach dem Gesetz vom 22. April 1855 (Reg.-Bl. S. 103) auch auf die auf den Inhaber lautenden Schuldscheine der Ablösungskassen anzuwenden. Bei der Berathung des ersten Gesetzes haben beide Kammern beschlossen, die Staatsregierung um Einbringung eines Gesetzesentwurfs zu bitten, durch welchen die Frage, unter welchen Bedingungen öffentlichen Körperschaften, Vereinen, Gesellschaften und Privatpersonen die Befugnisse, Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszustellen, zukommen, sowie das in Beziehung auf solche Schuldverschreibungen begründete Rechtsverhältniß, namentlich in Beziehung auf Vindication, Amortisation und Verjährung, gesetzlich geregelt werde.[1]

---

[1] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom Jahr 1851 bis 1852 Beilagen-Band I. S. 425. Protokoll-Band IV. S. 2446. Verhandlungen der Kammer der Standesherren vom Jahr 1851—52 Beilagen-Band II. S. 436. Protokollband II. S. 540.

Digitized by Google

Ein solcher Gesetzesentwurf ist bis jetzt nicht eingebracht worden, wohl deßhalb weil zuvor die Vollendung der Abfassung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs abgewartet werden wollte. Die Einführung dieses Gesetzbuchs steht nun zwar bevor; da jedoch in dasselbe, abgesehen von der Vindikationsfrage (Art. 307), keine näheren Bestimmungen über Inhaberpapiere überhaupt aufgenommen worden sind, so bleibt die Ergänzung des bestehenden Rechts in Beziehung auf solche Papiere, soweit ein Bedürfniß dazu vorliegt, der Landesgesetzgebung vorbehalten.

In neuester Zeit hat das Obertribunal aus Veranlassung eines ihm zur Entscheidung vorgelegenen Falls über die Frage von der Amortisation der Privatpapiere auf den Inhaber und in Verbindung hiemit über die Frage von der Befugniß zur Ausstellung solcher Papiere sich ausgesprochen. Die Mittheilung dieser Entscheidung scheint um so mehr am Platze zu seyn, als es für die Beurtheilung der Frage, ob und in wie weit das bestehende Recht einer Ergänzung bedarf, von Wichtigkeit ist, zu wissen, welche Rechtssätze in dieser bestrittenen Lehre als Sätze des bestehenden Rechts von den Gerichten des Landes zur Anwendung gebracht werden.

Der im Jahre 1850 in Stuttgart bestandene „Verein für deutsche Ansiedelung in Valdivia" hatte auf den Inhaber lautende Aktien, sogenannte „Landbesitzurkunden", ausgegeben, welche gegen die bezahlte Einlage von 35 fl. dem Inhaber einen Anspruch auf 20 württembergische Morgen Land an den von dem Verein zu erwerbenden Ländereien in Valdivia gewähren sollten. Nach dem weiteren Inhalt der Urkunde verpflichtete sich der Verein, über die Einlage nicht eher zu verfügen, als bis der gerichtlich legalisirte Besitztitel über die Ländereien des Vereines bei dem Stadtgericht Stuttgart deponirt seyn werde, und hatte bis dahin der unterzeichnete Bankier des Vereins, B., für die eingelegte Summe zu haften. Da der Verein sich auflöste, ehe es zur Vorlegung des Besitztitels kam, so bestand nunmehr das Forde-

Digitized by Google

rungsrecht des Inhabers in dem Rechte, die Einlage von 35 fl. von B. (nun von dessen Erben) zurückzufordern.

Eine solche Landbesitzurkunde war ihrem Inhaber B. verloren gegangen, und da die Erben des B. nur entweder gegen Zurückgabe der Urkunde oder nach vorausgegangener gerichtlicher Amortisation derselben zur Bezahlung des Betrags der Einlage sich bereit erklärten, so beantragte B., nach fruchtlosen öffentlichen Aufrufen, bei dem Stadtgericht Stuttgart die Einleitung des Amortisations-Verfahrens.

Das Stadtgericht wies den Antrag als unstatthaft ab, weil in Württemberg kein Gesetz bestehe, welches die Gerichte ermächtige, auf den Inhaber lautende Privatpapiere zu amortisiren.

In der von B. gegen diese Verfügung erhobenen Beschwerde wurde ausgeführt:

Allerdings bestehen in Württemberg bis zur Stunde keine gesetzlichen Bestimmungen, wodurch die Befugniß der Privatpersonen und Privatgesellschaften zur Fertigung und Emission von auf den Inhaber lautenden Schuld- und Aktienscheinen geregelt und deren rechtliche Wirkungen bestimmt würden. Wenn nun gleichwohl solche Papiere unter dem Schutze des Vertrauens des Publikums emittirt werden, wie dieß bekanntlich schon seit einigen Jahrzehnten unter der faktischen Duldung der Regierung und zum Theil unter ausdrücklicher Bestätigung der betreffenden Vereine und ihrer Statuten geschehen, so sehe sich der württembergische Richter, welcher wegen solcher Papiere im gerichtlichen oder außergerichtlichen Weg angerufen werde, in das unausweichliche Dilemma versetzt:

1) entweder seyen solche auf den Inhaber lautende Privat-Creditpapiere in dieser ihrer besondern Eigenschaft ungiltig: — alsdann seyen sie nichts weiter als unvollständige Beweisurkunden und durchaus nach den Regeln des gewöhnlichen Privat- und Prozeßrechts zu beurtheilen. Folgeweise können sie jedem, auch dem gutgläubigen Erwerber mit der Eigenthumsklage abgefordert werden, sie werden nur nach

Digitized by Google

den Regeln der Cession an Andere übertragen, der Schuldner sey nicht früher verpflichtet, an den Inhaber der Urkunde Zahlung zu leisten, als bis dieser sich förmlich als Cessionar ausgewiesen habe, und er könne mit voller Sicherheit an den ursprünglichen Gläubiger zahlen, so lange nicht ein späterer Erwerber der Urkunde eine Anzeige von der Cession an ihn erlassen habe. Daraus folge, daß auch das gewöhnliche Amortisationsverfahren anwendbar seyn müsse, wofern nur der Implorant bescheinige, daß die Urkunde gerade *ihm* verloren gegangen sey.

2) Oder aber seyen in Württemberg die auf den Inhaber lautenden Privat-Creditpapiere trotz des Mangels gesetzlicher Bestimmungen als *giltig* zu betrachten, (sey es vermöge eines allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechts oder vermöge der analogen Anwendung dessen, was im Gesetz vom 16. Sept. 1852 über Staatsschuldscheine auf den Inhaber bestimmt sey): — alsdann müssen auch alle Konsequenzen, welche theils aus der eigenthümlichen rechtlichen Natur solcher Privat-Creditpapiere an sich, theils aus der Analogie des Gesetzes vom 16. Sept. 1852 sich ergeben, vom württembergischen Richter anerkannt werden. Nun gestatte dieses Gesetz die Amortisation verlorener Staatspapiere au porteur. Ebenso entspreche aber auch die Amortisation den Verkehrsbedürfnissen, welche das Institut der Privat-Creditpapiere au porteur geschaffen haben, und sie sey mit dem rechtlichen Charakter der letztern vollkommen vereinbar, wie sie denn auch z. B. in der preußischen und badischen Gesetzgebung bei Privat-Creditpapieren au porteur ausdrücklich zugelassen sey. Ferner gestatte der Art. 73. der allg. deutschen Wechselordnung die Amortisation abhanden gekommener Wechsel jeder Art, also auch der in blanco indossirten, welche nichts anderes seyen als Creditpapiere au porteur. Eine Art Andeutung der Zulässigkeit der Amortisation von Privatpapieren au porteur liege auch in der neuesten württembergischen Gesetzgebung, indem im Gerichtsferien-Gesetze vom 30. Mai 1858 Art. 5 Ziff. 2 als eine dringende Sache be-

Digitized by Google

zeichnet sey „die Verfügung der Zahlungssperre beim Abhandenkommen von Schuldscheinen und Zinsabschnitten" (also nicht blos von Staatsschuldscheinen).

Etwas Anderes sey es, wenn die Gesetzgebung eines Landes (z. B. Bayern) die Amortisation von Staatspapieren auf den Inhaber nicht zulasse, hier ließe sich etwa die Konsequenz ziehen, daß dieselbe ebendeßhalb auch bei Privat-Inhaberpapieren nicht zulässig sey. Wo dagegen die Amortisation öffentlicher Inhaberpapiere gesetzlich zugelassen sey, da werde sie um so gewisser auch bei Privat-Creditpapieren auf den Inhaber stattzufinden haben, da erstere eine größere Circulationsfähigkeit als letztere besitzen, somit die Sicherheit des verkehrenden Publikums bei der Amortisation der ersteren eher eine gewisse Störung leide als bei der Amortisation der letztern.

Die von V. erhobene Beschwerde wurde sowohl von dem Gerichtshof als von dem Obertribunal als ungegründet verworfen.

Die Gründe der Entscheidung des Obertribunals vom 4. Januar 1862 sind folgende:

I. Da die rechtliche Natur der Inhaberpapiere an sich die Möglichkeit, solche Papiere durch bloßen Privatwillen (ohne Hinzutritt besonderer Staatsautorisation) zu schaffen, nicht ausschließt, und da die rechtspolitischen Rücksichten, welche für eine Beschränkung des Privatwillens sprechen, nur ein Bestimmungsgrund für den Gesetzgeber seyn können, beschränkende Vorschriften zu erlassen, in Württemberg aber bis jetzt keine gesetzliche Vorschrift besteht, daß zur Ausstellung von Inhaberpapieren eine besondere Staatsgenehmigung erforderlich sey, so war die Befugniß des Vereins für deutsche Ansiedlung in Valdivia, die von ihm ausgegebenen Landbesitzurkunden auf den Inhaber auszustellen, nicht zu beanstanden.[2]

[2] Dafür, daß gemeinrechtlich (soweit keine beschränkenden Landesgesetze entgegenstehen) die Ausstellung von Inhaberpapieren der Privatwillkür freigegeben und eine besondere Staatsautorisation nicht erfor-

Digitized by Google

Diese Urkunden sind daher als rechtsgiltige Inhaberpapiere anzuerkennen und nach den von dieser Gattung von Papieren geltenden Grundsätzen zu beurtheilen[3].

---

derlich sey, hat sich die Mehrzahl der Rechtslehrer ausgesprochen: Gerber, deutsch. Priv.R. (5. Aufl.) §. 160, N. 14. Mittermaier, Priv.R. (6. Ausg.) Bd. 2, §. 274. Walter, deutsch. Priv.R. §. 258. Ziff. IX. Bluntschli, deutsch. Priv.R. (2. Ausg.) §. 117 a. Ziff. 1. Brinckmann, Handelsrecht S. 492 Note 15. Thöl, Handelsrecht (3. Aufl.) §. 54 a. Note 4. Beseler, deutsch. Priv.R. Bd. 3, §. 225 (S. 322.) Hillebrand, deutsch. Priv.R. §. 99. Gengler, deutsch. Priv.R. Th. 1, S. 171. Duncker, in der Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. 5, S. 50. Renaud, ebendaselbst Bd. 14, S. 331 ff. Unger, die rechtl. Natur der Inhaberpapiere §. 25. Seuffert, in seinem Archiv Bd. 7, S. 262 ff. Bd. 10, Nro. 91, ebenso das O.A.G. in Celle, Seuffert, Archiv Bd. 13, Nr. 55. Für die Beschränkung der Privatwillkür und für die Nothwendigkeit einer Staats- oder Regierungsautorisation haben sich, theils allgemein und ohne Unterscheidung, theils wenigstens bei Geldpapieren und bei Massenemissionen erklärt: Savigny, Oblig. R. Bd. 2, S. 122 ff. Gönner, von Staatsschulden §. 58. Mühlenbruch, Cession (3. Aufl.) §. 42 (458—59.) Maurenbrecher, deutsch. Priv.R. Bd. 2, §. 323. Souchay, im Civ. Arch. Bd. 10, S. 154, Note 12. Kuntze, die Lehre v. d. Inhaberpap. §. 121. In Württemberg hat man bisher die Einholung der Erlaubniß der Regierung nicht für nöthig gehalten. Hofacker, Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Württemberg S. 665.

[3] Die unter Ziff. I. entschiedene Vorfrage war erheblich. Wäre der Verein nicht befugt gewesen, Papiere auf den Inhaber auszustellen, so wären die emittirten Landbesitzurkunden keine rechtsgiltigen Inhaberpapiere, d. h. es kämen ihnen die besonderen rechtlichen Eigenschaften und Wirkungen eines Inhaberpapiers nicht zu. Die Folge wäre ohne Zweifel die, daß zwar der Primitivnehmer eines solchen Papiers aus dem der Emission zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft eine Forderung gegen den Aussteller erworben hätte, daß er aber diese Forderung nur in der Form der Cession auf einen Andern übertragen könnte, daß also der Schuldner berechtigt wäre, von dem ihn in Anspruch nehmenden dritten Inhaber den Nachweis der Cession zu verlangen, und in so lange mit Sicherheit an den ersten Gläubiger zahlen könnte, als er nicht von der geschehenen Cession gehörig in Kenntniß gesetzt worden, auch im Fall des Abhandenkommens des Papiers das gewöhnliche Amortisations-Verfahren, wie es bei den auf den Namen lautenden Schuldurkunden stattfindet, anwendbar wäre. Vergleiche

II. Was nun die unter den Rechtslehrern bestrittene Frage von der Zulässigkeit der Amortisation abhanden gekommener Inhaberpapiere betrifft, so ist nach der richtigen Ansicht die Amortisation solcher Papiere nicht als ein gemeinrechtliches, sondern als ein partikularrechtliches Institut aufzufassen,[4] und sie kann insbesondere auch in Württemberg nur insoweit für statthaft erachtet werden, als sie durch die Landesgesetze (oder durch vertragsmäßige Festsetzung) ausdrücklich gestattet ist.

Savigny, Oblig.Recht Bd. 2, S. 126—27. Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren S. 545. Unger, die rechtliche Natur der Inhaberpapiere S. 94 (§. 14 a. C.) Bekker, in seinen und Muther's Jahrbüchern d. gem. deutschen Rechts Bd. 1, S. 364 ff.

[4] Renaud, in der Zeitschr. f. deutsches Recht, Bd. 14, S. 352 ff. Kuntze, die Lehre v. d. Inhaberpapieren §. 157. — Die Frage von der Zulässigkeit der Amortisation abhanden gekommener Inhaberpapiere ist in der gemeinrechtlichen Doktrin nicht weniger bestritten, als die Frage von der Ausstellungsbefugniß. Die Einen betrachten die Amortisation der Inhaberpapiere als ein gemeinrechtliches Institut, somit als überall zulässig, wo die Landesgesetze sie nicht untersagen. Savigny, Oblig.Recht Bd. 2, S. 182—83. Eichhorn, deutsches Priv.R. §. 191, Note e. Bülow, Abhandlungen Th. 1, S. 341 ff. Mittermaier, deutsches Priv.R. Bd. 2, §. 274, Ziff. VI. Thöl, Handelsrecht §. 56. Walter, deutsches Priv.R. §. 258, Ziff. VII. Bender, der Verkehr mit Staatspapieren §. 69. Die Andern lassen sie nur als partikularrechtliches Institut gelten, halten sie also da und insoweit für unzulässig, wo und in wie weit sie durch Landesgesetze oder durch Vertrag nicht ausdrücklich gestattet ist. Aber auch diese sind, nach der Verschiedenheit in den Grundansichten über das civilistische Wesen der Inhaberpapiere, unter einander selbst wieder im Streit, indem sie die Amortisation entweder als mit der rechtlichen Natur solcher Papiere im Widerspruch stehend oder als wenigstens mit derselben verträglich darzustellen suchen. Hieher gehören außer Renaud und Kuntze a. a. O. Gerber, a. a. O. §. 160, Note 11. Bluntschli, a. a. O. §. 118. Maurenbrecher, a. a. O. §. 326. Schumm, im civ. Archiv Bd. 13. Beilagenheft S. 69 ff. (§. 13.) Nebenius, der öffentliche Kredit S. 545 ff. Bekker, a. a. O. S. 418—424. Unger, a. a. O. S. 135 und wohl auch Gönner a. a. O. §. 75 ff., indem er als Vertheidiger der Mortifikabilität de lege ferenda zu sprechen scheint.

Digitized by Google

1) Als gemeinrechtlich geltend wäre die Mortifikabilität der Inhaberpapiere dann anzuerkennen, wenn sie aus der Natur und Bestimmung dieser Papiere, als nothwendige Konsequenz derselben, sich ableiten ließe. Dieß ist jedoch nicht der Fall.

Zwar ist die Fortdauer des durch das Papier geschaffenen Forderungsrechts durch die Existenz des Papiers nicht in der Art bedingt, daß der zufällige Untergang des Papiers ein Grund der Befreiung des Schuldners wäre. So lange aber das Papier existirt, ist der Schuldner nur an den Inhaber des Papiers, welcher durch seinen Besitz als Gläubiger legitimirt ist, und nur gegen Zurückgabe des Papiers zu zahlen verpflichtet.

Im Falle des unfreiwilligen Verlustes des Papiers kann daher zwar der letzte Inhaber vom Schuldner Zahlung verlangen, wenn er den vollen Beweis zu führen vermag, daß das Papier zu Grund gegangen, und daß es *ihm* zu Grund gegangen, d. h. daß *er* der letzte Inhaber gewesen sey. Ist er aber nicht im Stande, diesen Beweis zu führen, oder ist ihm das Papier nur abhanden gekommen, ist also die Möglichkeit vorhanden, daß das Papier in die Hände eines Dritten gelangt ist, so ist jenem die Geltendmachung der Forderung zunächst unmöglich gemacht, der Schuldner kann zur Zahlung an ihn nicht angehalten werden, weil er Gefahr laufen würde, dem jetzigen, möglicherweise redlichen Inhaber, welcher als solcher der wahre Gläubiger wäre, nochmals zahlen zu müssen. Dieß ist die natürliche Folge, welche aus dem rechtlichen Wesen der Inhaberpapiere sich ergibt, und es ist nur eine auf einer Nachhilfe des positiven Rechts beruhende Milderung jener Konsequenz, wenn Demjenigen, welchem das Papier abhanden gekommen, gestattet wird, auf Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens gegen den unbekannten Inhaber anzutragen, welches den Zweck hat, diesen durch Ediktalladung binnen einer peremtorischen Frist zur Meldung zu nöthigen, und

Digitized by Google

sodann entweder dem früheren Inhaber die Anstellung einer Vindikationsklage gegen den sich meldenden Inhaber möglich zu machen oder nach fruchtlosem Ablauf der Frist den unbekannten Inhaber mit seinem etwaigen Anspruch aus dem Papier, durch Kraftloserklärung des Papiers, dem Schuldner gegenüber zu präkludiren.

2) Dieses Amortisationsverfahren hat eine andere Bedeutung als die Amortisation der auf den Namen lautenden gewöhnlichen Schuldurkunden. Da bei den Inhaberpapieren der redliche Inhaber der wahre Forderungsberechtigte und als solcher gegen die Vindikationsklage des früheren Inhabers geschützt ist, so werden durch die Amortisation hier möglicher Weise die wohlerworbenen Rechte des wahren Gläubigers vernichtet.

Dieß ist bei dem bei gewöhnlichen Schuldurkunden üblichen Amortisationsverfahren nicht der Fall, dessen Rechtsbeständigkeit gerade davon abhängt, daß der Antrag auf Amortisation von dem wahren Berechtigten gestellt worden ist.[5] Dieses Amortisationsverfahren läßt sich daher ohne besondere gesetzliche Anordnung auf Inhaberpapiere nicht übertragen.

Es kann auch weder ein gemeinrechtlicher, noch ein württembergischer Gerichtsgebrauch nachgewiesen werden, nach welchem sich die Gerichte für befugt erachten würden, ohne gesetzliche Ermächtigung die Inhaberpapiere einem Amortisationsverfahren zu unterwerfen.[6]

---

[5] Schumm, im civ. Archiv Bd. 13, Beilage-Heft S. 74—80, vergleiche S. 20, 162 ff. Liebe, Erläuterungen der allgemeinen deutschen Wechselordnung S. 195. Gönner, von Staatsschulden §. 75.

[6] Schumm, a. a. O. S. 87. Dieser beruft sich auf eine Mehrzahl von Fällen, in welchen die Gesuche um Kraftloserklärung solcher Papiere von den württembergischen Gerichten abgewiesen worden seyen. Eine Bestätigung dessen aus älterer Zeit liefern die gleichförmigen Entscheidungen des Oberjustizkollegiums vom 31. Dezember 1812 und des Ober-Appellationstribunals v. 10. März 1814 in dem in Sarwey's Monatschrift Bd. 17, S. 350 (Note) angeführten Rechtsstreit des

Digitized by Google

3) Zwar hat das Gesetz vom 16. Sept. 1852 (Reg.-Bl. S. 223) die Mortifikabilität der auf den Inhaber lautenden württembergischen Staatsschuldscheine anerkannt und für dieselben im engen Anschluß an die für sie eingeführte fünfjährige Verjährungszeit ein eigenthümliches Amortisationsverfahren geschaffen. Allein da dieses Gesetz nur die auf den Inhaber lautenden Staatsschuldscheine zum Gegenstand hat, (welchen durch das Gesetz vom 22. April 1855 die auf den Inhaber lautenden Schuldscheine der Ablösungskassen gleichgestellt wurden,) so läßt dasselbe keine Anwendung auf andere Inhaberpapiere zu; im Gegentheil hat der Gesetzgeber durch jenes Gesetz zu erkennen gegeben, daß die Inhaberpapiere als solche dem gewöhnlichen Amortisationsverfahren nicht unterliegen und daß es für deren Amortisation einer positiven gesetzlichen Anordnung bedarf.

4) Auch aus der Bestimmung des Art. 73 der allg. deutschen Wechselordnung, wonach die Amortisation abhanden gekommener Wechsel allgemein zugelassen ist, läßt sich für die Mortifikabilität von Privatinhaberpapieren nichts ableiten Denn wenn gleich die mit Blanco-Indossament versehenen Wechsel den Inhaberpapieren in rechtlicher Beziehung nahe stehen, so gehören sie doch als Ordre-Papiere einer anderen Gattung von Papieren an als die Inhaberpapiere, und wenn der Gesetzgeber bei der ersteren Gattung das Bedürfniß der Mortifikabilität anerkannt hat, so kann er dieß aus Gründen gethan haben, welche er bei der Gattung der Privatinhaberpapiere, wenigstens in dieser Allgemeinheit, nicht für zutreffend erachten würde. [7]

Elkan Reutlinger von Karlsruhe gegen die württembergische Staatsfinanzverwaltung, die Mortifikation und Bezahlung abhanden gekommener Billets au porteur betreffend.

[7] So hat z. B. die bürgerliche Prozeßordnung für Hannover vom Jahr 1850 im §. 501 Ziff. 5 zwar die Bestimmung des §. 73 der Wechselordnung bestätigt, aber die Mortifikation von Privatinhaberpapieren, außer dem Fall einer zwischen Aussteller und Gläubiger in der Urkunde getroffenen entgegengesetzten Verabredung für unstatthaft

5) In dem von dem Beschwerdeführer angeführten Art. 5, Ziffer 2 des Gerichtsferiengesetzes vom 30. Mai 1858 (Reg. Bl. S. 83) endlich, welcher unter den Feriensachen „die Verfügung der Zahlungssperre beim Abhandenkommen von Schuldscheinen und Zinsabschnitten" aufführt, kann eine Andeutung der Zulässigkeit der Amortisation von Inhaberpapieren überhaupt nicht gefunden werden, weil es ganz außerhalb der Aufgabe und des Zwecks dieses Gesetzes lag, eine Bestimmung darüber zu geben, bei welcherlei Schuldscheinen und Zinsabschnitten im Fall ihres Abhandenkommens eine Zahlungssperre zulässig sey.

Die Amortisation der Privatpapiere auf den Inhaber findet somit, in Ermanglung eines sie gestattenden Landesgesetzes, in Württemberg nicht statt, insofern nicht vertragsmäßig das Gegentheil festgesetzt worden ist[8].

---

erklärt. Auch ist bemerkenswerth, daß bei der Berathung der allgem. deutschen Wechselordnung selbst die Vertheidiger der Amortisation anerkannten, daß sie ein positives Institut sey, das sich nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ableiten lasse. Prot. der Leipz. Wechselkonf. Leipziger Ausgabe S. 139. Andererseits findet sich in den Motiven zu dem Entwurf des Gesetzes vom 6. Mai 1849, die Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung betr. die Stelle: daß das Nähere über die §. 73 angedeutete Amortisation in den Prozeß gehöre, daß aber einstweilen die Wechselgerichte dasselbe Verfahren einzuhalten haben, welches die Gerichte überhaupt bei Amortisation der auf den Inhaber lautenden Urkunden beobachten. (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1848—49 Beilagen-Band I. S. 546). In den ständischen Verhandlungen ist diese Frage nicht weiter berührt. Allein wenn auch die Motive (wie es nach jener Stelle der Fall zu seyn scheint) von der Voraussetzung ausgingen, daß die Gerichte die Amortisation der auf den Inhaber lautenden Urkunden überhaupt für zulässig erachten, so kann dieser Ansicht des Verfassers der Motive, da sie im Gesetze keinen Ausdruck fand, eine weiter gehende Bedeutung nicht beigelegt werden.

[8] Bei der Fassung des obigen Beschlusses wurde zwar anerkannt, daß im vorliegenden Fall die Einleitung des Amortisationsverfahrens, was die Gefahr einer Verletzung wohlerworbener Rechte des möglichen dritten Inhabers betrifft, wenig Bedenkliches hätte. Allein für ent-

Digitized by Google

3) Schadenersatz wegen Tödtung oder Körperverletzung in Raufhändeln.

(Von Herrn Oberjustizassessor Bossert in Ellwangen.)

Von dem allgemeinen Grundsatz des römischen Rechts, daß nur derjenige, dessen Handlung oder Unterlassung erweislich die wirkende Ursache eines Schadens ist, denselben zu ersetzen habe, macht die Praxis der württembergischen Gerichte bei der Tödtung und Körperverletzung in Raufhändeln eine Ausnahme. Nach dem in Bd. 3 S. 148 dieses Archivs mitgetheilten Präjudize wird auf Grund der l. 11 §. 2 D. ad leg. Aquil. (9, 2) angenommen, daß bei Tödtung und Körperverletzung in Raufhändeln die Klage auf Schadenersatz nicht nur gegen denjenigen stattfinde, von welchem erwiesen ist, daß seine Handlung den Tod bezw. die schädliche Verletzung herbeigeführt habe, sondern daß Jeder, der sich erweislicher Maßen an dem Getödteten oder Verletzten vergriffen hat, für den ganzen Schaden dann einzustehen habe, wenn bei einer Tödtung der Getödtete oder bei einer Verletzung der Verletzte verschiedene Verletzungen erhalten hat, ohne daß sich erheben läßt, von wem die in Frage stehende Verletzung bewirkt wurde, selbst wenn gewiß ist, daß der schädliche Erfolg zunächst nur von einem der Theilhaber bewirkt worden seyn kann. Es wird somit bei Raufhändeln zur Begründung der Schadenersatzklage die Behauptung nicht für erforderlich gehalten, daß die Verletzung,

---

scheidend wurde erachtet, daß die Urkunde ihrer Gattung nach eine solche ist, bei welcher ein Amortisationsverfahren gesetzlich nicht stattfindet. War dieß der Fall, so mußte das Amortisationsverfahren unterbleiben, und das Gericht, welchem es in Hinsicht jener Gattung von Urkunden überhaupt an der gesetzlichen Ermächtigung zur Einleitung eines solchen Verfahrens gebricht, konnte sich nicht für befugt halten, deßhalb, weil nach den thatsächlichen Verhältnissen des concreten Falls das Amortisationsverfahren an sich als ungefährlich erscheinen mag, eine Ausnahme eintreten zu lassen.

Digitized by Google

welche den Tod oder die in Frage stehende Beschädigung bewirkt hat, gerade von dem Beklagten zugefügt worden sey. [1]

Bei der Berathung des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Vergehen vom 5. Sept. 1839 ging dagegen die Kommission der Kammer der Abg. von der Ansicht aus, daß nach römischem Recht auch bei Raufhändeln die Klage auf Schadenersatz nur gegen denjenigen stattfinde, dessen Handlung erweislicher Maßen die wirkende Ursache des Todes oder der Verletzung gewesen ist (siehe unten).

Eine weitere Erörterung dieser Rechtsfrage wird sich daher von selbst rechtfertigen, und es sollen die beiden Fragen weiter untersucht werden

1) ob die l. 11 §. 2 D. ad leg. Aquil. die Bestimmung enthalte, daß bei Raufhändeln jeder Theilnehmer, welcher sich an dem Getödteten vergriffen hat, solidarisch für den Schaden hafte, wenn sich nicht ermitteln läßt, von wem die tödtliche Verletzung herrühre, und

2) ob diese Bestimmung in Württemberg noch Geltung hätte, wenn sie im römischen Recht begründet wäre.

I. Die l. 11 §. 2 D. ad. leg. Aquil. D. (9, 2) sagt:

Sed si plures servum percusserint, utrum omnes, quasi occiderint, teneantur, videamus. Et si quidem apparet, cujus ictu perierit, ille, quasi occiderit, tenetur; quod si non apparet, omnes, quasi occiderint, teneri, Julianus ait.

Diese Stelle hat einen wesentlich verschiedenen Sinn, je nachdem man den Nachdruck auf das Wort „cujus“ oder auf das Wort „ictu“ legt. Im ersteren Falle sagt sie nämlich: wenn Mehrere einen Sklaven so geschlagen haben, daß er an den Verletzungen gestorben ist, so kommt es nach der Ansicht des Julian darauf an, ob man weiß, von wem die tödtliche Verletzung zugefügt worden ist, oder nicht. Im ersten Fall haftet derjenige allein, von welchem die tödtliche Verletzung herrührt, im andern Falle dagegen haften Alle solidarisch wegen Tödtung.

[1] Vergleiche dieses Archiv Bd. 3, S. 148, 149.

Legt man dagegen den Nachdruck auf das Wort „ictu“ so hat die Stelle den Sinn: es komme darauf an, ob man wisse, welche Verletzung den Tod zur Folge gehabt habe. Lasse sich dies ermitteln, so hafte derjenige allein, welcher dieselbe zugefügt habe; sey dies aber ungewiß, so hafteten Alle, die den Getödteten geschlagen haben, solidarisch wegen Tödtung.

Wird die Stelle im ersteren Sinne aufgefaßt, so wäre also die Entscheidung über die solidarische Haftverbindlichkeit davon abhängig, ob sich der Urheber der tödtlichen Verletzung ermitteln läßt. Bei der zuletzt genannten Bedeutung der Stelle käme es dagegen darauf an, ob von den mehreren Verletzungen unzweifelhaft nur eine den Tod herbeigeführt hat, oder ob sich nach der Art der verschiedenen Verletzungen nicht bestimmen läßt, ob eine einzelne derselben ausschließlich die Ursache des Todes gewesen sey, und welche von ihnen den Tod wirklich herbeigeführt habe. Der Grund der solidarischen Haftverbindlichkeit würde bei dieser Auffassung der Stelle darin zu suchen seyn, daß angenommen wird, die verschiedenen Verletzungen haben durch ihr Zusammenwirken den Tod herbeigeführt, wenn nicht ermittelt werden kann, ob nur eine einzelne von den Verletzungen die Ursache des Todes gewesen sey.

In welchem Sinne die l. 11 §. 2 cit. auszulegen sey, läßt sich aus dieser Stelle allein wegen ihres allgemeinen Wortlautes nicht mit Sicherheit bestimmen. Dagegen liefert die l. 51 D. eod. (9, 2) den Beweis dafür, daß die l. 11 §. 2 cit. in dem zuletzt genannten Sinne aufzufassen ist.

In dieser Stelle[2] erörtert nämlich Julian (dem auch

[2] l. 51 D. ad. leg. Aquil. (9, 2) Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum, medio deinde tempore heres institutus est, et postea ab alio ictus decessit. Quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit? Respondit — Rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum, qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset, aliquem vita excessurum. Igitur si quis servo

Digitized by Google

die l. 11 §. 2 von Ulpian entnommen ist) folgenden Fall: Ein Sklave wird so verwundet, daß es unzweifelhaft ist, daß er in Folge der Verletzung sterben wird. Ehe er aber stirbt, wird er zum Erben eingesetzt, und erhält nachher von einem andern eine weitere Wunde, worauf er stirbt. Julian stellt nun die Frage auf, ob die Klage wegen Tödtung gegen beide, welche den Sklaven verwundet haben, gerichtet werden könne, oder nur gegen den einen von ihnen. Er entscheidet dann die Frage dahin, daß beide haften, und begründet seine Ansicht damit, daß nicht nur derjenige wegen Tödtung hafte, welcher eine Verletzung zugefügt habe, an welcher der Verwundete augenblicklich stirbt, sondern auch, wer eine solche Wunde zugefügt habe, die unzweifelhaft den Tod zur Folge haben wird. Wenn daher Jemand einem Sklaven eine tödtliche Wunde beigebracht, und ein Anderer denselben einige Zeit nachher so verletzt habe, daß sein Tod früher eingetreten sey, als es in Folge der ersten Verletzung geschehen wäre, so haften beide wegen Tödtung. Dieß entspreche auch der Ansicht der älteren Juristen, wornach, wenn derselbe Sklave von Mehreren so verwundet worden, daß sich nicht ermitteln läßt, durch wessen Schlag er getödtet wurde, Alle nach der lex Aquilia haften. In dieser Stelle wird also nur die Frage erörtert, ob derjenige, von welchem die erste oder von welchem die zweite Wunde dem Sklaven zugefügt worden ist, den Tod verschuldet habe, oder ob beide wegen Tödtung haften, und Julian gründet seine Ansicht, daß beide haften, darauf, daß nicht nur derjenige wegen Tödtung hafte, welcher eine Verletzung zugefügt habe, an welcher der Verwundete augenblicklich stirbt, sondern auch, wer eine solche Wunde zugefügt habe, die unzweifelhaft den Tod zur Folge haben wird. Aus dieser Be-

---

mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est, utrumque eorum lege Aquilia teneri. Idque est consequens auctoritati veterum, qui cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cujus ictu periisset, omnes lege Aquilia teneri judicaverunt. —

Digitized by Google

gründung der Entscheidung ergibt sich, daß Julian nicht daran gedacht hat, die Frage zu erörtern, wer der Urheber der ersten, und wer der Urheber der zweiten Verletzung sey. Denn dieß wird als unzweifelhaft dabei vorausgesetzt. Da nun Julian seine Entscheidung auch als eine Konsequenz des in l. 11, §. 2 angegebenen Grundsatzes bezeichnet, si non apparet, cujus ictu etc. so muß er selbst diese Stelle in dem Sinne aufgefaßt haben, es käme darauf an, ob man wisse, welche Verletzung den Tod herbeigeführt habe. Denn Julian kann sich auf den in l. 11, §. 2 sowie in l. 51 angeführten alten Rechtssatz für die Entscheidung des in l. 51 erörterten Rechtsfalles natürlich nur dann berufen, wenn es sich auch in jenem Fall nicht um die Frage handelte, wer die Urheber der einzelnen Verletzungen seyen, sondern darum, welche Verletzung den Tod herbeigeführt habe, weil sonst die Anwendung jenes alten Rechtssatzes auf den in l. 51 erörterten Fall, wo es sich um die Urheberschaft der einzelnen Verletzungen gar nicht handelte, keinen Sinn hätte.

Diese Auslegung der l. 11 §. 2 wird ferner auch unterstützt durch die Verbindung, in welcher Ulpian den Fall des §. 2 anführt.[3] Nachdem nämlich Ulpian in l. 11, §. 2 angeführt hat, daß die solidarische Haftverbindlichkeit Mehrerer, welche einen Sklaven geschlagen haben, nach der Ansicht des Julian davon abhänge, ob man wisse, durch wessen Schlag der Sklave getödtet worden sey — wisse man es, so hafte dieser allein, wisse man es aber nicht, so haften Alle solidarisch — fährt er in l. 11, §. 3 fort:[4] Celsus sage, wenn der Eine durch seinen Schlag eine tödtliche Wunde zugefügt, ein anderer aber nachher den Sklaven vollends umgebracht habe, so

[3] Die ganze l. 11 D. (9, 2) ist dem lib. VIII. ad. Edictum des Ulpian entnommen.

[4] l. 11, §. 3. D. ad. leg. Aquil. (9, 2). Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri, quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit, quod et Marcello videtur, et est probabilius.

Digitized by Google

hafte der erstere nicht wegen Tödtung, sondern nur wegen Körperverletzung, weil der Sklave an einer anderen Verletzung gestorben sey, dagegen hafte der letztere wegen Tödtung. Diese Ansicht theile auch Marcellus, und sie sey die richtigere. In dieser Stelle wird somit ausschließlich die Frage, ob beide Verletzungen zusammen, oder die letzte allein die wirkliche Ursache des Todes gewesen seyen, als zweifelhaft behandelt, und die Entscheidung über die Haftverbindlichkeit darauf gegründet, daß der Tod durch die zweite Verletzung herbeigeführt worden sey. Dagegen wird als unzweifelhaft vorausgesetzt, wer der Urheber der ersten, und wer der Urheber der zweiten Verletzung sey.

Der Umstand nun, daß Ulpian, unmittelbar nachdem er in l. 11 §. 2 die Ansicht des Julian angeführt hat, in l. 11, §. 3 nicht einfach den Ausspruch des Celsus mittheilt, sondern sich für denselben auch auf die Ansicht des Marcellus beruft, und derselben ausdrücklich den Vorzug gibt, (et est probabilius statt et est verum) rechtfertigt die Annahme, daß Ulpian der in l. 11, §. 2 referirten Ansicht des Julian die Ansicht des Celsus und Marcellus entgegengestellen, und damit sagen wollte, entweder, daß die Ansicht des Julian nicht richtig sey, oder wenigstens, daß der in l. 11, §. 2 referirte Satz des Julian auf den in l. 11, §. 3 referirten Fall keine Anwendung finde, weil man hier wisse, welche Verletzung den Tod wirklich herbeigeführt habe. [5] In dieser Weise hätte aber Ulpian die Ansicht des Julian der Ansicht des Celsus und Marcellus nicht entgegenstellen können, wenn er die Ansicht des Julian in l. 11, §. 2 so aufgefaßt hätte, daß es darauf ankomme, ob man wisse, von wem die tödtliche Verletzung herrühre.

---

[5] Ob man von der Ansicht ausgeht, daß l. 11, §. 3 und l. 15, §. 1 mit l. 51, D. (9, 2.) im Widerspruch stehen, oder ob und in welcher Weise man eine Vereinigung dieser Stellen für möglich hält ist für die hier erörterte Frage unerheblich.

Digitized by Google

Wäre nämlich in l. 11, §. 2 zweifelhaft gewesen, von wem die tödtliche Verletzung zugefügt wurde, dagegen unzweifelhaft, daß nur eine der verschiedenen Verletzungen den Tod herbeigeführt habe, in l. 11, §. 3 aber wären die Urheber der verschiedenen Verletzungen bekannt gewesen, und es hätte sich nur darum gehandelt, welche von den verschiedenen Verletzungen die Ursache des Todes gewesen sey, so wären darin ganz verschiedene Rechtsfälle entschieden, und es ließe sich nicht einsehen, warum Ulpian die Ansicht des Celsus und Marcellus für die richtigere erklärt habe. Vielmehr wird gerade dadurch, daß Ulpian für nöthig hielt, der Ansicht des Celsus und Marcellus ausdrücklich den Vorzug zu geben, einigermaßen wahrscheinlich gemacht, daß Julian nicht ganz dieselbe Ansicht wie Celsus, Marcellus und Ulpian hatte. [6]

---

[6] Dieß würde noch nicht dagegen sprechen, daß eine Vereinigung von l. 11, §. 3 und l. 15, §. 1 mit l. 51, D. (9, 2.) in der von Vangerow, Leitfaden ꝛc. (3. Aufl.) Bd. 3, S. 569 ff. angegebenen Weise zulässig ist. Denn es wäre wohl möglich, daß Julian aus dem in l. 11, §. 2 angegebenen Rechtssatz auch für den in l. 11, §. 3 erörterten Fall eine solidarische Haftverbindlichkeit der beiden, welche den Sklaven verwundet haben, ableitete, und daß die Ansicht von Julian nur so weit in die Digesten-Sammlung aufgenommen worden ist, als sie von den Kompilatoren für richtig gehalten wurde. Der Inhalt und Sinn dieser Stellen wäre dann folgender: Im Allgemeinen gilt der Grundsatz, daß von den Mehreren, welche einen Sklaven verwundet haben, derjenige allein haftet, durch dessen Verletzung der Tod herbeigeführt wurde. Läßt sich aber nicht ermitteln, welche Wunde den Tod herbeigeführt hat, so haften Alle solidarisch. (l. 11, §. 2). Hat also Jemand dem Sklaven eine tödtliche Wunde beigebracht, und ein anderer bringt demselben nachher eine weitere an sich nicht tödtliche Wunde bei, welche aber doch die Wirkung hat, daß der Tod früher eintritt, als er in Folge der ersten tödtlichen Verletzung eingetreten wäre, so haften Beide, weil sich hier nicht sagen läßt, welche Wunde eigentlich den Tod herbeigeführt habe. Denn obgleich der Sklave an der zweiten Verletzung allein nicht gestorben wäre, so war doch der Eintritt des Todes zu dieser Zeit eine Folge des Zusammenwirkens beider Verletzungen l. 51, D (9, 2.) cfr. l. 11, §. 4 D. (9, 2). Ist dagegen die erste

Ueberdieß sprechen auch innere Gründe für diese Auslegung der citirten Gesetzesstelle. Es läßt sich nämlich kein genügender Grund einsehen, warum dann, wenn Mehrere einen Dritten verletzt haben, und der Urheber der schädlichen Verletzung ermittelt werden kann, nur dieser, wenn aber der Beweis der Urheberschaft nicht erbracht werden kann, Alle solidarisch haften sollen. Sollte diese Bestimmung eine Strafe für die Theilnahme an der Schlägerei seyn, so würde die Konsequenz erfordern, daß alle Theilnehmer ohne Rücksicht darauf, ob der Urheber der schädlichen Verletzung ermittelt werden kann, oder ob er nicht ermittelt werden kann, solidarisch verantwortlich gemacht werden. Daß aber die römischen Juristen die Theilnehmer an einer Schlägerei durch eine solche Bestimmung dafür strafen wollten, daß der Urheber der schädlichen Verletzung nicht ermittelt werden kann, läßt sich doch kaum annehmen, wenigstens hätte Julian diese Bestimmung nicht als eine Konsequenz des geltenden Rechts hinstellen können, sondern diese Ausnahmsbestimmung hätte besonders motivirt werden müssen.

Uebrigens scheint die l. 11 §. 2 sich auch nicht auf solche Verletzungen zu beziehen, welche in einem Raufhandel zugefügt werden. Denn einmal enthalten die Worte der l. 11, §. 2 durchaus nichts, was hierauf hinweisen würde, sondern sie handelt ganz allgemein von dem Fall, wenn mehrere einen Sklaven verwundet haben. Sodann enthält aber die l. 51 cit. auch einen positiven Grund gegen diese Annahme.

Wunde zwar an sich tödtlich, aber ehe dieselbe den Tod wirklich herbeigeführt, erhält der Sklave von einem Andern eine weitere Verletzung, welche den augenblicklichen Tod zur nothwendigen Folge hat, so haftet derjenige, welcher die erste Verletzung zugefügt hat, nur wegen Körperverletzung, weil hier unzweifelhaft ist, daß der Tod in Folge der zweiten Verletzung eingetreten ist. l. 11, §. 3 D. (9, 2.) Ganz ebenso verhält es sich, wenn der Sklave zuerst eine tödtliche Wunde erhält, ehe diese aber den Tod zur Folge hat, wird er durch ein anderes Ereigniß getödtet z. B. durch einen Einsturz oder Schiffbruch ꝛc. l. 15, §. 1 D. (9, 2.)

Digitized by Google

Hier wird nämlich der Grundsatz der l. 11 §. 2 auf einen Fall angewendet, wo ein Sklave mehrere Verletzungen in einem längeren Zwischenraum nacheinander erhielt (medio deinde tempore heres institutus est. — Igitur ex intervallo), so daß hier die verschiedenen Verletzungen offenbar nicht in denselben Raufhändeln zugefügt worden seyn konnten. Würde die l. 11, §. 2 eine Bestimmung enthalten, welche ausnahmsweise nur in dem Fall gelten sollte, wenn Jemand in Raufhändeln von mehreren Personen verschiedene Verletzungen erhalten hat, so hätte Julian die Entscheidung des in l. 51 cit. erörterten Falles nicht auf die, blos bei Verletzungen in Raufhändeln zutreffende, Ausnahmsbestimmung gründen können.

II. Wäre aber auch die l. 11, §. 2 cit. so auszulegen, wie dieß in dem in Bd. 3, S. 148 dieses Archivs mitgetheilten Präjudiz angegeben ist, so würde es sich weiter um die Frage handeln, ob diese Bestimmung in Württemberg noch als giltig zu betrachten sey.

Bei der Berathung des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Vergehen vom 5. Sept. 1839 kam nämlich die Frage ausdrücklich zur Erörterung, ob die Theilnehmer an Raufhändeln für den dabei erwachsenen Schaden solidarisch zu haften haben.

Es soll deßhalb hier eine kurze Darstellung des Inhalts jener Verhandlungen über diese Frage Platz finden.

Der Gesetzesentwurf enthielt über die Ersatzklage wegen Tödtung nur im Allgemeinen die Bestimmung, daß bei Tödtungen, neben dem Ersatz der Kosten, der Wittwe und den Kindern des Getödteten, und überhaupt solchen Personen, welche derselbe zu ernähren verbunden war, nach dem Ermessen des Richters Vergütung zu leisten sey, soweit sie durch die Tödtung ihren Lebensunterhalt verlieren.[7]

Die Kommission der K. d. Abg. führte nun in ihrem

[7] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1838 Bd. 12, Beilage-Heft II. S. 160, vergl. S. 182, ebendas.

Digitized by Google

Berichte zu Art. 8 und 9 des Entwurfs, betreffend die Ersatzklage wegen Tödtung und Körperverletzung Folgendes aus:

Darin, daß im Fall einer Tödtung eine Klage auf Schadenersatz gegeben werde, ungeachtet die bestehenden Gesetze von einer solchen nichts wissen, und auch die Praxis sehr schwankend sey, weil die Grundsätze des römischen Rechts auf diesen Fall nicht passen, sey die Kommission mit dem Regierungsentwurfe einverstanden. So richtig der Satz des römischen Rechts sey, daß der Werth des Lebens eines freien Menschen nicht schätzbar sey, so gebe es doch Folgen des Todes eines Menschen, welche wohl geschätzt werden können. —

Das römische Recht fordere zur Begründung einer Schadensersatzklage 1) eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung, 2) einen Schaden als Wirkung dieser Handlung oder Unterlassung, und 3) eine bestimmte Größe des Schadens als Gegenstand des Ersatzes.

Mit Recht setze hinsichtlich des letzteren Erfordernisses der Entwurf an die Stelle des Beweises desselben das richterliche Ermessen, weil sonst die Klage unausführbar wäre. Daraus könne aber nicht gefolgert werden, daß auch das zweite Erforderniß, der Beweis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Tödtung und Schaden, bei der Klage auf Schadensersatz wegen Tödtung aufgegeben werden dürfe.

Diese Bemerkung werde zunächst auf die Bestimmung des Strafgesetzbuchs Art. 235 und 248 bezogen, wonach wegen Tödtung auch dann gestraft werden könne, wenn nicht die Handlung des Verbrechers, sondern ein anderes, zuvorkommendes Ereigniß den Tod herbeigeführt habe. Was die Gesetzgebungspolitik im Strafrecht räthlich mache, müsse sich im Civilrecht nicht auch geltend machen. Es werde daher der Antrag gestellt: daß die privatrechtliche Klage wegen Tödtung nur in denjenigen Fällen zugelassen werde,

Digitized by Google

in welchen die Handlung oder Unterlassung des Tödtenden wirklich Ursache des erfolgten Todes war.[8]

In §. 31 des Kommissionsberichts ist sodann weiter bemerkt: Wir berühren in Betreff der beiden vorhergehenden Artikel (über die Ersatzklage wegen Tödtung und Körperverletzung) noch, daß wir uns die Frage gestellt haben, ob nicht bei Tödtung und Körperverletzung in Raufhändeln die Klage auf Schadensersatz gegen jeden Theilnehmer an den Händeln gegeben seyn sollte. Dafür spräche, daß doch jeder Theilnehmer einmal in rechtswidriger Thätigkeit gegen den Verletzten war, und daß der eigentliche Urheber der tödtlichen oder nachtheiligen Verletzung in so gar vielen Fällen nicht ausgemittelt werden kann. Ihre Kommission entschied sich aber gegen einen solchen Vorschlag, weil die privatrechtliche Verurtheilung eines nicht als schuldig Erwiesenen doch eine ungebührliche Härte enthalten würde.[9]

Bei der Berathung des Gesetzes in der K. der Abg. bemerkte hierüber ein Abgeordneter, er sey mit dem Kommissionsantrag einverstanden, weil ein Abweichen von dem Satz, daß die Schadensklage nothwendig einen Schaden als Wirkung der bestimmten Handlung oder Unterlassung voraussetze, ein Abweichen von dem civilrechtlichen Prinzip wäre. Die Wiederholung des von der Kommission beantragten Satzes, welcher schon im römischen Recht begründet sey, erscheine um so nothwendiger, als nach der Hofgerichtsordnung die Ersatzklage auch dann zulässig wäre, wenn nicht erwiesen sey, wer die tödtliche Verletzung zugefügt habe.[10]

Erst durch diese Bemerkung wurde die Kommission auf

---

[8] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1839 Bd. 12, Beilage-Heft II. S. 400—402.

[9] Vergleiche a. a. O. S. 409.

[10] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom 10. April 1839. 21 Sitzung.

Digitized by Google

die in der Hofgerichtsordnung von 1654 Thl. III. tit. 26, §. 7 und 8 enthaltenen Bestimmungen aufmerksam gemacht, welche lauten: §. 7. „Da Jemand in einer Schlaghandlung umkommen, und aber, durch welchen solches geschehen, nicht eigentlich beigebracht werden mag, so sollen alle und jede, so dabei und der Sache verwandt gewesen, des Entleibten Freundschaft nach richterlicher Ermäßigung ein Abtrag zu thun, und jeder Mitthäter nach Gestalt der Sachen, auch unterschiedlicher Verwirkung zu einer namhaften ernstlichen Straf fällig erkannt werden. §. 8. Wann Jemand abgehörtermaßen in einer Schlaghandlung hart verwundet, aber nicht zu todt geschlagen, und man, wer solches gethan, nicht wissen mag, sollen die, so bei dem Handel gewesen, dem beschädigten ärztliche Kosten und Schaden nach richterlicher Erkenntniß und Mäßigung zu bezahlen und abzulegen, dazu jeder uns eine namhafte Straf zu entrichten, fällig und schuldig erkannt werden."

Die Kommission wurde nun von der Kammer der Abgeordneten veranlaßt, über die in §. 31 ihres Berichts erwähnte Frage einen weiteren Bericht zu erstatten.

In diesem zweiten sehr ausführlichen Berichte ist bemerkt: Als die Kommission diesen Gegenstand zum erstenmal berathen habe, sey sie in Uebereinstimmung mit den Motiven zum Gesetzesentwurf von der Unterstellung ausgegangen, daß über diese Frage die positiven Gesetze eine ausdrückliche Bestimmung nicht bereits enthalten. Da diese Unterstellung irrig sey, indem die Hofgerichtsordnung eine solche Bestimmung enthalte, so ergebe sich, daß, nachdem die Kammer beschlossen habe, es solle bei Tödtungen die Schadenersatzklage nur dann stattfinden, wenn die Handlung des Thäters die wirkende Ursache des erfolgten Todes war, hiedurch die Bestimmung der Hofgerichtsordnung aufgehoben sey. Es möchte aber angemessen seyn, da hiedurch ein positives Gesetz berührt werde, ausdrücklich zu sagen, daß diese Bestimmung durch das gegenwärtige Gesetz aufgehoben sey.

Digitized by Google

Auch bezüglich der Körperverletzung lasse sich mit der früheren Ansicht der Kommission, daß die Schadenersatzklage nicht gegen jeden Theilnehmer an den Raufhändeln gegeben werden solle, die vorgeschlagene Fassung des Gesetzes, nach welcher es bei dem bestehenden Recht bleiben solle, nicht mehr vereinigen. Vielmehr sey es nöthig, die fragliche Bestimmung der Hofgerichtsordnung entweder ausdrücklich zu bestätigen, oder ausdrücklich aufzuheben.

Wie nun auch entschieden werden möge, so seyen die Gründe für und wider die erwähnte Bestimmung bei der Tödtung und bei der Körperverletzung ganz dieselben und es werde daher auch für beiderlei Fälle die gleiche Bestimmung zu geben seyn.

Nach der Ansicht der Kommission habe die Hofgerichtsordnung zwischen dem Fall der Tödtung und der Körperverletzung keinen Unterschied machen, sondern in beiden Fällen nur die eigentlichen Theilnehmer im rechtlichen Sinne verantwortlich machen wollen. Diese Bestimmungen der Hofgerichtsordnung scheinen sich ursprünglich auf eine ungenaue Auffassung des römischen Rechts zu gründen, von welchem keine Abweichung beabsichtigt worden zu seyn scheine, vielmehr scheinen nur die Theilnehmer an den Raufhändeln mit den Theilnehmern an dem bei denselben verübten Verbrechen verwechselt worden zu seyn.

Das römische Recht stelle in der Lehre von der Klage aus dem Aquilischen Gesetze im Allgemeinen richtige Grundsätze über die privatrechtliche Verbindlichkeit der Theilnehmer an einem Verbrechen auf. Wollte man in Beziehung auf die Fälle der Tödtung und Körperverletzung in Raufhändeln hievon abweichende Bestimmungen aufstellen, so müßte dies wohl auch für andere Fälle geschehen. — Das römische Recht folge in dieser Materie im Allgemeinen dem unwidersprechlichen Rechtsgrundsatze, daß Jeder nur für die von ihm selbst ausgehenden rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen verantwortlich gemacht

Digitized by Google

werden könne, daß aber unter dieser Voraussetzung die gleiche Verantwortlichkeit stattfinde, möge die Beschädigung aus der Handlung oder Unterlassung unmittelbar hervorgegangen, oder mittelst Mitwirkung zu der Handlung oder Unterlassung eines Andern bewirkt worden seyn. Die Kommission bleibe bei der in §. 31 ihres früheren Berichts ausgesprochenen Ansicht, und stelle nun noch den weiteren Antrag, in einem eigenen, nach dem Art. 8 und 9 des Gesetzesentwurfs zu stellenden Artikel zu erklären, daß die Bestimmungen der Hofgerichtsordnung Thl. III tit. 25 §. 7 und 8 hiemit aufgehoben seyen.

Dagegen würde in dem in Art. 9 am Schlusse von der Kammer in Antrag gebrachten Satz: „Im Uebrigen bleibt es hinsichtlich der Erstattung der Kosten und des Schadens wegen Körperverletzung bei dem bestehenden Rechte" einzuschalten seyn: „mit Ausnahme des in dem nachfolgenden Artikel bestimmten Falles." Sollte die Kammer diesen Antrag ablehnen, so trage die Kommission darauf an, in einem eigenen Artikel zu erklären, daß die Bestimmungen der Hofgerichtsordnung in Betreff der Verbindlichkeit sämmtlicher Theilnehmer an Raufhändeln zum Schadenersatz fortwährend gelten. Dagegen wäre in diesem Fall der beschlossene Zusatz in Art. 8 des Entwurfs: „wenn die Handlung des Thäters die wirkende Ursache des erfolgten Todes war," wegzulassen.[11]

Auch bei der Berathung dieses Gegenstandes in der Kammer der Abgeordneten gingen sämmtliche Redner (vielleicht mit Ausnahme eines einzigen) von der Ansicht aus, daß das römische Recht, sowie die Hofgerichtsordnung die in dem Kommissionsbericht angegebenen Bestimmungen enthalte.

Am Schlusse der Verhandlung machte der Präsident folgende Aeußerung über den Inhalt der Debatte:

---

[11] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1839 Bd. 12, Beilage-Heft II, S. 519—527.

Digitized by Google

„Die Kommission geht in Beziehung auf die Frage, ob bei Raufhändeln eine solidarische Haftverbindlichkeit stattfinden könne, davon aus, daß eine solche solidarische Verbindlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen nur dann einzutreten habe, wenn erwiesen sey, daß die mehreren Theilnehmer an der Verletzung als Urheber oder Gehilfen Theil hatten. Sie glaubt daß die Hofgerichtsordnung die solidarische Verbindlichkeit in zu großer Ausdehnung ausspreche, und hält für angemessen, in diesem Gesetze ausdrücklich zu bestimmen, daß die betreffende Bestimmung der Hofgerichtsordnung hiemit aufgehoben sey. Es frage sich, ob die Kammer diesen Antrag annehmen wolle?"

Diese Frage wurde von der Kammer durch Acclamation bejaht.[12] Dafür, daß auch die Kammer der Standesherren die von der Kommission der Kammer der Abgeordneten beantragten, und von der Kammer beschlossenen Bestimmungen so aufgefaßt hat, daß künftig nur diejenigen Theilnehmer an Raufhändeln für den dabei entstandenen Schaden haften sollen, von welchen erwiesen werden kann, daß ihre Handlung den Schaden bewirkt habe, mag es genügen, die Bemerkung des Referenten, mit welcher die Kammer sich einverstanden erklärte, anzuführen:

„Es sollte die Ansicht der ersten und zweiten Kammer bestimmter dahin ausgesprochen werden, daß nur die Bestimmung als abgeschafft anzusehen sey, daß diejenigen, von welchen nicht erwiesen werden könne, daß gerade sie die Verletzung zugefügt haben, zum Schadenersatz verbunden seyen, daß dagegen die Urheber solcher Handlungen, von denen erwiesen werden könne, daß sie den verletzenden Erfolg herbeigeführt haben, nach wie vor zum Ersatz verbindlich erachtet werden müssen."[13]

[12] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom Jahr 1839 Prot. über die 27. Sitzung beſ. S. 21, 22.

[13] Verhandlungen der Kammer der Standesherren. 12. Sitzung.

Digitized by Google

Den Beschlüssen der beiden Kammern entsprechend enthält das von der Regierung publizirte Gesetz in Art. 13 die Bestimmung:

„Bei Tödtungen ist, wenn die Handlung des Thäters die wirkende Ursache des erfolgten Todes war, — eine Vergütung zu leisten."

Der Artikel 14, welcher von der Ersatzklage wegen Körperverletzung handelt, bestimmt im Schlußsatz: „Im Uebrigen (d. h. abgesehen von einigen nicht hierher gehörigen Bestimmungen) bleibt es hinsichtlich der Erstattung der Kosten und des Schadens wegen Körperverletzung mit der in dem nachfolgenden Artikel gemachten Ausnahme bei dem bestehenden Rechte."

Der Artikel 15 lautet: „Die Bestimmungen der Hofgerichtsordnung von 1654 Thl. III. tit. 25 §. 7 und 8, nach welchen alle diejenigen, welche an einer Schlägerei Theil genommen, in dem Falle, daß Jemand dabei umgekommen, oder bedeutend verwundet worden, und der Thäter nicht hat ermittelt werden können, den Verwandten des Getödteten oder dem Verwundeten nach richterlicher Ermäßigung Abtrag zu thun verbunden seyn sollen, sind hiemit aufgehoben."

Hiernach ist zwar ganz richtig, daß es nicht in der Absicht der gesetzgebenden Faktoren lag, die Bestimmungen des römischen Rechts über die Schadensersatzklage wegen Tödtung und Körperverletzung in Raufhändeln abzuändern. Dagegen lassen die erwähnten vielfachen und ganz bestimmten Aeußerungen auch keinen Zweifel darüber zu, daß man bei der Berathung des Gesetzes vom 5. September 1839 von der Ansicht ausgegangen ist, daß nach römischem Recht nicht, wie nach der Hofgerichtsordnung, die Theilnehmer an den Raufhändeln als solche für den dabei entstandenen Schaden einzustehen haben, wenn der Urheber des Schadens nicht ermittelt werden könne. Denn sowohl in dem Berichte der Kommission, als in der erwähnten Aeußerung des Kammer-Präsidenten ist auf's

Digitized by Google

Bestimmteste ausgesprochen, daß nach den Grundsätzen des römischen Rechts auch bei Raufhändeln jeder Theilnehmer an denselben nur für die von ihm selbst ausgehenden Handlungen verantwortlich gemacht werden könne, und daß eine solidarische Haftverbindlichkeit der mehreren Theilnehmer an den Raufhändeln nur dann stattfinde, wenn erwiesen sey, daß sie als Urheber oder Gehilfen an der Verletzung Theil genommen haben.

Die gesetzgebenden Faktoren haben sich ferner auch nicht damit begnügt, die weiter gehenden Bestimmungen der Hofgerichtsordnung aufzuheben, und im Uebrigen bezüglich des geltenden Rechts einfach auf das römische Recht zu verweisen, sondern es wurde bei den Verhandlungen über das Gesetz geradezu ausgesprochen, die Absicht der gesetzgebenden Faktoren gehe dahin, daß künftig in Württemberg die Ersatzklage wegen Tödtung und Körperverletzung in Raufhändeln nur noch gegen diejenigen stattfinden solle, gegen welche erwiesen werden könne, daß gerade sie durch ihre Handlungen den schädlichen Erfolg herbeigeführt haben. Ausdrücklich zu dem Zweck, um dieser Absicht im Gesetz Ausdruck zu geben, und um dieß zum geltenden Recht zu machen, wurden auch nicht nur die abweichenden Bestimmungen der Hofgerichtsordnung in Art. 15 des Gesetzes aufgehoben, und damit das bestehende württembergische Recht abgeändert, sondern es wurde auch in Art. 13 cit. ganz allgemein bestimmt, daß eine Entschädigungspflicht bei Tödtungen nur dann eintreten solle, wenn die Handlung des Thäters die wirkende Ursache des erfolgten Todes gewesen sey.

Daß durch diese Bestimmung die Verbindlichkeit zum Schadensersatz nicht bloß in dem Falle ausgeschlossen werden wollte, in welchem nicht die tödtliche Verletzung, sondern ein anderes zuvorkommendes Ereigniß den Tod bewirkt hat, wie in dem oben angeführten Präjudize des Obertribunals angenommen wird, ergibt sich eines Theils daraus,

Digitized by Google

daß die Kommission der Kammer der Abgeordneten in ihrem ersten Berichte, wo sie diese Bestimmung in Antrag brachte, bemerkte, daß sie ihren Antrag „zunächst" auf die Bestimmung des Strafgesetzbuchs Art. 235 und 248 beziehe; andern Theils aber namentlich auch daraus, daß die Kommission der Kammer der Abgeordneten in ihrem zweiten Berichte ausdrücklich hervorgehoben hat, daß nach ihrem Antrag die Schadensersatzklage wegen Tödtung und Körperverletzung überhaupt, namentlich auch in Raufhändeln nur dann stattfinden solle, wenn die Handlung des Thäters die wirkende Ursache des erfolgten Todes gewesen sey, und daß daher dieser (schon beschlossene) Satz in Art. 13 des Gesetzes wieder zu beseitigen wäre, wenn die Kammer hinsichtlich der Ersatzklage wegen Tödtung in Raufhändeln dem Antrag der Kommission nicht beitreten würde.

Wäre daher auch die Ansicht die richtigere, daß nach der Bestimmung des römischen Rechts in l. 11, §. 2 D. (9, 2.) alle Theilnehmer an Raufhändeln, welche sich an dem Getödteten vergriffen haben, solidarisch haften, wenn der Urheber der einen schädlichen Verletzung nicht ermittelt werden kann, und wären hiernach die gesetzgebenden Faktoren bei der Berathung des Gesetzes vom 5. September 1839 über diese Bestimmung des römischen Rechts im Irrthum gewesen, so könnte diese Bestimmung des römischen Rechts in Württemberg keine Geltung mehr haben, nachdem durch das Gesetz vom 5. September 1839 ausdrücklich bestimmt worden ist, daß die Schadensersatzklage wegen Tödtung überhaupt nur dann stattfinde, wenn die Handlung des Thäters die wirkende Ursache des erfolgten Todes war, und dadurch namentlich auch die solidarische Ersatzverbindlichkeit der mehreren Theilnehmer an den Raufhändeln in dem Fall beseitigt werden sollte, wenn sich der Urheber der tödtlichen Verletzung nicht ermitteln läßt. Denn wenn auch der Gesetzgeber wirklich über die Bestimmungen des römi-

Digitized by Google

schen Rechts bezüglich der Ersatzklage wegen Tödtung in Raufhändeln im Irrthum gewesen wäre, so würde dadurch die Giltigkeit und Wirksamkeit der betreffenden Bestimmungen des Gesetzes vom 5. September 1839 nicht aufgehoben.

Eine von selbst sich ergebende Folge der Aufhebung der l. 11, §. 2 D. (9, 2.) wäre ferner, daß die Bestimmung der l. 11, §. 2 cit. (vorausgesetzt, daß sie den in Bd. 3, S. 148 dieses Archivs angegebenen Sinn hätte) auch auf die Schadensersatzklage wegen Körperletzung in Raufhändeln in Württemberg nicht mehr analoge Anwendung finden könnte, und zwar um so weniger, als es nach den oben erwähnten Verhandlungen über das Gesetz vom 5. September 1839 unzweifelhaft in der Absicht des Gesetzgebers lag, die Zulässigkeit der Ersatzklage wegen Körperverletzung in Raufhändeln auf dieselben Voraussetzungen zu beschränken, unter welchen die Ersatzklage wegen Tödtung in Raufhändeln zugelassen wurde.

Zum Schlusse ist noch die in Bd. 3, S. 148 dieses Archivs citirte Stelle aus den Erläuterungen und Erörterungen v. Wächter's zu dem Gesetz vom 5. Sept. 1839 zu erwähnen. Auf S. 58 wird gesagt:

„Die Bestimmungen der Hofgerichtsordnung, wonach unbedingt Alle, die an der Schlägerei Theil nahmen (seyen sie auch sogar auf Seiten des Verletzten gestanden), zum Ersatz verbindlich seyn sollen, sey durch das Gesetz vom 5. September 1839 (Art. 15) aufgehoben worden. Allein damit sey der gemeinrechtliche Grundsatz, daß Jeder, von welchem die Mitschuld, sey es als Urheber oder Gehilfe erwiesen sey, also erwiesen sey, daß er geschlagen, sich mit dem Beschädigten gerauft, oder die, welche es thaten, unterstützt hat, wegen Körperverletzung, respektive Tödtung, solidarisch verbindlich seyen, und namentlich die Bestimmung in l. 11, §. 2 ad leg. Aquil. nicht aufgehoben. Denn die Absicht der Kammer sey nur dahin gegangen, das zu verneinen, daß Alle, die dabei

Digitized by Google

gewesen, schon darum, weil sie dabei waren, tenent seyn sollen, und nach den entschiedensten in der Kammer gegebenen Erklärungen sollte es hier lediglich beim römischen Rechte bleiben."

Diese Auffassung der Verhandlungen über das Gesetz vom 5. Sept. 1839 stimmt vollkommen mit dem überein, was in dem in Bd. 3, S. 148 dieses Archivs mitgetheilten Präjudize hierüber bemerkt ist. Zur Widerlegung dieser Bemerkung v. Wächter's kann daher auf das schon oben Gesagte Bezug genommen werden, und es ist demselben nur Weniges nachzutragen: Nach den Worten v. Wächter's, „daß jeder von welchem die Mitschuld, sey es als Urheber oder Gehilfe erwiesen ist, also erwiesen ist" ꝛc., könnte es scheinen, daß v. Wächter jeden Theilnehmer an den Raufhändeln als Miturheber oder Gehilfen an den dabei vorgekommenen Verbrechen ansieht. Allein schon die Kommission der K. d. Abg. hat in ihrem zweiten Berichte ohne Widerspruch von Seiten der Kammer bemerkt, die Annahme, daß jeder Theilnehmer an den Raufhändeln als Miturheber oder Gehilfe an den dabei vorgekommenen Verbrechen zu behandeln sey, wie dieß in der Hofgerichtsordnung geschah, beruhe auf einer Verwechslung der Theilnehmer an den Raufhändeln mit den Theilnehmern an den dabei vorgekommenen Verbrechen, und daß diese Ansicht der Kommission nach den württembergischen Gesetzen begründet ist, ergibt sich aus den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs Art. 248 und 266, wonach ein Theilnehmer an Raufhändeln, wenn dabei eine Tödtung oder Körperverletzung vorgekommen ist, nur dann wegen Tödtung oder Köperverletzung gestraft wird, wenn er der Urheber derselben ist, obgleich der Umstand, daß eine Tödtung oder schwere Körperverletzung bei Raufhändeln vorgekommen ist, nicht ohne Einfluß auf die Strafe wegen Theilnahme an den Raufhändeln bleibt. [14]

[14] Vergleiche Hufnagel, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2 S. 52—60, S. 126—133.

Digitized by Google

Endlich ergibt sich auch aus dem in Bd. 3, S. 148 mitgetheilten Präjudize selbst, daß die Praxis der württ. Gerichte die Theilnehmer an den Raufhändeln nicht als Theilnehmer an den dabei vorgekommenen Verbrechen behandelt; denn sonst müßten die Theilnehmer an den Raufhändeln für die dabei vorgekommenen Verbrechen ohne Rücksicht darauf, ob man weiß, von wem die eigentlich schädliche Handlung herrührt, oder ob man dieß nicht weiß, verantwortlich gemacht werden, weil die mehreren Miturheber und Gehilfen an einem Verbrechen für den Schaden solidarisch haften. [15]

Der in Vorstehendem ausgeführten Ansicht zufolge würde somit zur Begründung der Schadensersatzklage wegen Tödtung oder Körperverletzung in Raufhändeln die Behauptung nicht genügen, daß der Beklagte sich an dem Getödteten oder Verletzten vergriffen habe, sondern es müßte entweder behauptet werden, daß die schädliche Verletzung von dem Beklagten herrühre, oder daß sich der Beklagte als Miturheber oder Gehilfe dabei betheiligt habe.

---

4) Gehört zur partikularrechtlichen dreißigjährigen Prädialservitutenersitzung die Abwesenheit der vitia possessionis?

(Von Herrn Collegialhilfsarbeiter Hetsch in Ulm.)

Es ist ein natürlicher Gedanke, daß die Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Ersitzung des Eigenthums an Liegenschaften die gleichen seyn sollten, wie die hinsichtlich der Ersitzung von Prädialservituten, daß prinzipiell kein Unterschied bestehen sollte zwischen der Ersitzung desjenigen dinglichen Rechts, welches die totale rechtliche Herrschaft über die Sache enthält, und zwischen

---

[15] Vergleiche Sintenis, Civilrecht Bd. 2, S. 774, Note 24. l. 11, §. 1 D. (9, 2.) §. 11, Inst. (4, 1.) Holzschuher, Theorie und Cas. Bd. 3, S. 980.

Digitized by Google

der Ersitzung desjenigen, welches nur eine partielle Unterwerfung derselben in sich schließt. In vielen Beziehungen besteht auch wirklich kein Unterschied, wohl aber hat das gemeine Recht einen solchen hinsichtlich der Qualifikation des zur Adquisitivverjährung erforderlichen Besitzes gemacht. Bei der ordentlichen Eigenthumsersitzung erfordert das römische Recht einen justus titulus, welcher nach der in neuerer Zeit allgemein angenommenen Ansicht bei der Servitutenersitzung nicht nöthig ist; dagegen wird bei der letzteren die Abwesenheit der vitia possessionis, vis, clandestinitas und precarium als wesentlich erklärt. Ein innerer Grund für diesen Unterschied besteht nicht, und es haben daher ältere Praktiker denselben abgeläugnet. Auch historisch läßt er sich nicht erklären. Bei dem Eigenthum bestand im älteren Recht eine usucapio, durch welche nach Ablauf einer ganz kurzen Verjährungszeit das dominium ex jure Quiritium entstand, über das bei den Servituten bestandene dißfällige ältere Recht haben wir nur die spärliche Nachricht, daß durch eine lex Scribonia die usucapio derselben aufgehoben worden (l. 4, §. 29 D. de usurp. 41,3).[1] Man weiß sodann weiter, daß ursprünglich das longum tempus nur eine Einrede (praescriptio) gegen die Eigenthumsklage begründete, und man hat nur das Zeugniß Justinian's, daß schon vor seiner cst. 8 Cod. de praescr. XXX. vel XL. annorum das longum tempus auch zu einer Eigenthumsklage berechtigte, worunter er nach Unterholzner's scharfsinniger Vermuthung wahrscheinlich die actio Publiciana verstand, bei welcher der exceptio dominii die replicatio longi temporis entgegengesetzt wurde. Dagegen tritt schon lange vor Justinian eine eigentliche Adquisitivverjährung der Servituten durch langjährigen, nicht vitiösen Besitz auf. l. 10 D. si serv. vind. (5, 5.) — l. 1, §. 23 D. de aqua et aquae pluviae arc. (39, 3.) — l. 5, §. 3 D. de itinere (43, 19.) — cst. 1, 2 Cod. de servit. (3, 34). Diese Eigenthümlichkeit der Rechtsbildung läßt sich nur durch Hypothesen erklären.

[1] Vergl. Sintenis, Civilrecht Bd. 1, S. 583, Note 26, und die dort Angeführten.

Die Ansicht der älteren Praktiker, daß auch zur Servitutenersitzung, wie zur Eigenthumsersitzung ein justus titulus gehöre, hat bekanntlich der württembergische Gerichtsgebrauch adoptirt, und es hat dieselbe auch in dem Generalreskript vom 6. Juli 1812 einen Ausdruck gefunden, welches angeordnet hat, daß besondere Vorzugsrechte, welche Ortsangehörige in Beziehung auf die Benützung des Gemeindevermögens ansprechen, in Ermanglung eines Rechtstitels durch einen Besitzstand von wenigstens 30 Jahren erwiesen werden müssen. Dieser Gerichtsgebrauch und dieses Gesetz haben nicht blos die negative Richtung, daß sie eine Servitutenersitzung nicht zulassen, wenn ein justus titulus nicht nachgewiesen ist, und sie nehmen nicht, wie viele gemeinrechtliche Schriftsteller,[2] an, daß dann gar keine praescriptio definita statthaft seye, sondern sie haben den positiven Inhalt, daß es eine dreißigjährige, eine außerordentliche Servitutenersitzung gibt, bei welcher der justus titulus nicht nöthig ist. Es entsteht nun aber die Frage, welches denn sonst die Requisite derselben sind. Zunächst drängt sich die Analogie eines gemeinrechtlichen Institutes auf. Hier wird zur ordentlichen Servitutenersitzung kein titulus gefordert, womit eben die Hauptfälle der partikularrechtlichen außerordentlichen Ersitzung wegfallen. Dagegen kennt schon die gemeinrechtliche Praxis, freilich im Widerspruch mit vielen Auktoritäten, auch eine Art der außerordentlichen Ersitzung, nemlich, wenn an einer der ordentlichen Eigenthumsersitzung entzogenen Sache eine Servitut ersessen werden will. Hier wird die cst. 8, §. 1 Cod. de praescr. XXX. ann. (7,39) analog angewendet.[3]

[2] Z. B. Thibaut, Besitz und Verjährung, Bd. 2, S. 111. Glück, Comm. Thl. 9, S. 146.

[3] Unterholzner, Verjährung, §. 204. Wening-Ingenheim, Handb. I, S. 372. Fritz, Erläuterungen Bd. 1, S. 382, 383. Schweppe, röm. Privatrecht Bd. 2, S. 108—110. Mühlenbruch, Lehrb. §. 289, Note 9. Vangerow, Leitfaden §. 351, Bd. 1, S. 875 unten. Göschen, Vorlesungen Bd. 2, S. 268, 269. Seuffert, Pandektenrecht, Bd. 1, §. 175. Sintenis, Civilrecht Bd. 1, S. 588, 589, Note 44. Vergleiche auch Thibaut, Besitz und Verjährung, S. 112.

Digitized by Google

Der Inhalt dieses Gesetzes, welches die außerordentliche Eigenthumsersitzung eingeführt hat, ist, wie jetzt allgemein angenommen wird,[4] der, daß unter der Voraussetzung der bona fides die Exstinctivverjährung der rei vind. des Eigenthümers zur Adquisitivverjährung des Eigenthums für den Besitzer führen soll. Deßwegen gehören zur außerordentlichen Eigenthumsersitzung nicht dieselben Requisite, wie zu der ordentlichen, sondern, abgesehen von der bona fides, nur alle diejenigen, welche zur Verjährung der Eigenthumsklage nöthig sind: actio nata, (also Anmaßung des Besitzes), Ablauf der Zeit und keine Unterbrechung der Verjährung. Darum sind der außerordentlichen Verjährung auch nicht diejenigen Sachen entzogen, an welchen eine ordentliche Ersitzung ausgeschlossen ist, sondern sie findet nur dann nicht statt, wenn auch die Klagenverjährung cessirt; dieß ist z. B. (abgesehen von den Bestimmungen der C. C. C. Art. 209) nach römischem Rechte nicht der Fall bei res furtivae und vi possessae. Darum wird auch die außerordentliche Eigenthumsersitzung schon durch die Mittheilung der Klage unterbrochen. (Die ordentliche wird eigentlich durch eine Klaganstellung gar nicht unterbrochen, es nützt den Beklagten nur die nach der litis contestatio abgelaufene Zeit nichts mehr.)

Wenn nun schon die dem gemeinen Gerichtsgebrauch bekannte außerordentliche Servitutenersitzung eine analoge Anwendung der außerordentlichen Eigenthumsersitzung ist, so muß dieß um so mehr noch bei derjenigen außerordentlichen Servitutenersitzung der Fall seyn, welche das württembergische Recht kennt, weil diese eben ihre Entstehung darin hat, daß ältere Praktiker überhaupt jeden Unterschied zwischen Eigenthums- und Servitutenersitzung

[4] S. z. B. Sintenis, Civilrecht Bd. 1, S. 507. Fritz in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 3, S. 435 ff. Puchta, Pand. §. 159. Vangerow, a. a. O. §. 325. Göschen, a. a. O. S. 96, 143.

als widersinnig läugneten.[5] Ist somit anzunehmen, daß die außerordentliche Servitutenersitzung wie sie bei uns gilt, sich nach der Analogie der außerordentlichen Eigenthumsersitzung zu richten hat, dann kann das Prinzip für die erstere kein anderes seyn, als das:

Wie das Eigenthum dann in 30 Jahren ersessen ist, wenn die rei vindicatio des Eigenthümers verjährt ist, so wird eine Prädialservitut in 30 Jahren dann ersessen, wenn die actio negatoria des Eigenthümers verjährt ist. Wie also zur außerordentlichen Eigenthumsersitzung keine weiteren Requisite gehören, als zur Exstinctivverjährung der rei vind. erforderlich sind, ebenso zur außerordentlichen Servitutenersitzung keine weiteren als die zur Exstinctivverjährung der actio negatoria erforderlichen. Zu dieser gehört aber 1) daß sie nata ist, also, daß sich der juristische Besitz (corpore et animo) einer Servitut angemaßt ist, 2) daß die Verjährungszeit ohne Unterbrechung der Verjährung abgelaufen ist, 3) endlich bona fides. Geläugnet aber muß werden, daß die Abwesenheit der drei vitia possessionis nöthig ist. Wenn man behaupten wollte, daß, wie bei der ordentlichen Servitutenersitzung mehr nöthig sey, als bei der ordentlichen Eigenthumsersitzung, nehmlich eben die Abwesenheit dieser vitia, so auch bei der außerordentlichen Servitutenersitzung dieses plus gegenüber der außerordentlichen Eigenthumsersitzung eintreten müsse, so dürfte sich die Unrichtigkeit dieses Schlusses aus dem Ausgeführten ergeben. Derselbe wäre dann richtig, wenn, abgesehen vom titulus, die außerordentliche Eigenthumsersitzung denselben Beschränkungen unterworfen wäre, wie die ordentliche; dann könnte man allerdings wohl sagen, ebenso müsse auch die außerordentliche Servituten-

[5] Stryk, specimen us. moderni ad tit. D. VIII., 1. §. VI. Cons. Tub. VII. 69, §. 27 ff. Sarwey, Monatsschrift Bd. 2, Beilagenheft S. 55. Vergleiche auch Malblanc, princ. §. 421.

Digitized by Google

ersitzung denselben Beschränkungen, außer dem titulus, unterworfen seyn, wie die ordentliche. Nun ist aber eben die außerordentliche Eigenthumsverjährung nicht denselben Beschränkungen unterworfen, wie die ordentliche, folglich kann auch nicht behauptet werden, daß die nach ihrer Analogie zu beurtheilende außerordentliche Servitutenersitzung denselben Beschränkungen unterworfen seyn müsse, wie die ordentliche Servitutenersitzung. Das oben angeführte Generalreskript spricht von einem dreißigjährigen Besitzstand, ein Ausdruck, welcher weder für, noch gegen die hier aufgestellte Behauptung beweist, da auch zur Verjährung der Negatorienklage ein dreißigjähriger Besitzstand erforderlich ist. —

Eine servitus ist schon dann vi possessa, wenn sie gegen den Widerspruch des Eigenthümers der dienenden Sache ausgeübt wird; l. 37 §. 2, D. de R. J. (50, 17) — l. 1, §. 5, 9 D. quod vi aut clam (43, 24) — cst. 2 Cod. de serv. (3, 34) — cst. 10 Cod. de adqu. et retinenda poss. (7, 32).[6] Verbietet also ein Grundeigenthümer die Ausübung einer Servitut, so kann diese innerhalb 10 und 20 Jahren nicht ersessen werden, da der Besitz ein vitiöser ist. Die dreißigjährige Verjährung einer jeden Klage lauft aber fort, wenn der Klagberechtigte noch so oft protestirt, sie wird nur durch wirkliche Anstellung einer Klage, oder vielmehr durch die Ladung, unterbrochen. Wer also bona fide, in der Ueberzeugung, daß er in seinem guten Recht ist, animo jus sibi habendi 30 Jahre lang eine Servitut ausgeübt hat, muß gerade so, wie er eine Einrede der Verjährung gegen die actio negatoria hätte,[7] auch nach Analogie der außerordentlichen Eigenthumsersitzung eine actio confessoria haben, ob sein Besitz durch etwaigen Widerspruch

[6] Göschen, a. a. O. S. 266, Note 4. Unterholzner, a. a. O. §. 215. Wening-Ingenheim, a. a. O. Bd. 1, S. 373. Fritz, a. a. O. Bd. 1, S. 384. Seuffert, a. a. O. §. 175, Ziff. 3.

[7] cst. 3, Cod. de praescr. XXX. ann. (7, 39). Wächter, württembergisches Privatrecht Bd. 2, S. 820.

Digitized by Google

des Eigenthümers der dienenden Sache ein vitiöser geworden ist, oder nicht. Es wäre auch sonderbar, hier dem bloßen Zufall, wer gerade als Kläger, wer als Beklagter aufgetreten ist, die Wirkung beizulegen, daß das eine Mal der Eigenthümer die Servitut leiden muß, daß andere Mal nicht. Dieß würde gerade der ratio widersprechen, welche den Kaiser bewog, aus der Exstinctivverjährung der rei vind. eine Adquisitivverjährung des Eigenthums zu machen.

Die Frage wird allerdings meist nur praktisch seyn, wenn eine Servitut vi besessen wird; denn bei der clandestina possessio wird häufig das Requisit der bona fides fehlen, und bei einem precarium läßt sich der animus jus sibi habendi in Verbindung mit bona fides nicht wohl denken.

Natürlich soll nicht behauptet werden, daß nicht die Unterbrechung des Besitzstandes die Verjährung unterbreche, denn dann ist ja die actio negatoria nicht mehr nata, aber ein Besitz der vitiös wird, ist darum kein unterbrochener. Der Besitz der servitus discontinua wird nicht dadurch unterbrochen, daß dem Eigenthümer der herrschenden Sache deren Ausübung verboten wird, sondern nur dadurch, daß er auf ein erlassenes Verbot hin sich diesem fügt, oder dadurch, daß ihm die Ausübung der Servitut physisch unmöglich gemacht wird; bei derjenigen servitus continua, bei welcher der Berechtigte eine positive Einrichtung auf der dienenden Sache zum Zweck der Einwirkung auf sie hat, wird der Besitz nur dadurch unterbrochen, daß diese Einrichtung aufhört; bei derjenigen servitus continua endlich, welche in der Befugniß besteht, dem Eigenthümer eine gewisse Einrichtung auf seiner Sache zu untersagen, nur dadurch, daß der Eigenthümer der dienenden Sache diese Einrichtung doch vornimmt.

Die hier aufgestellte Ansicht ist allerdings nicht die gewöhnliche, die entgegenstehende scheint vielmehr ziemlich verbreitet, und bei den in der Praxis der Oberamtsgerichte und der Kreisgerichtshöfe so häufig vorkommenden

Digitized by Google

Servitutenstreitigkeiten öfters in Anwendung gekommen zu seyn.[8] Dieß ist es gerade, was den Verfasser des vorstehenden Aufsatzes veranlaßte, die Frage an die Oeffentlichkeit zu bringen, und kompetente Beurtheiler zu veranlassen, dieselbe in nähere Erwägung zu ziehen, und sich darüber zu äußern.

---

5) Findet in geringfügigen Sachen neben dem Rekurs die gewöhnliche Nichtigkeitsklage statt.[1]

(Von Herrn Oberjustizrath Bofcher in Eßlingen.)

Darüber kann wohl ein Zweifel nicht bestehen, daß es nach den Bestimmungen des württembergischen Prozeßrechts gegen gemeinderäthliche Erkenntnisse in geringfügigen Sachen eine gewöhnliche Nichtigkeitsklage

---

[8] Vergleiche z. B. Hufnagel, Mitth. Bd. 1, S. 116—119, Bd. 2, S. 147, 470.

[1] Das Org.-Edikt über die Rechtspflege in den unteren Instanzen vom 31. Dezember 1818 hat bekanntlich für geringfügige Sachen, je nach der Verschiedenheit der Größe einer Gemeinde bis zum Betrage von 15, 20 und 30 Gulden, ein besonderes Verfahren geschaffen, indem die Entscheidung derselben den Gemeinderäthen zugewiesen, und gegen deren Ausspruch nur ein binnen 30 Tagen zu ergreifender Rekurs für zulässig erklärt worden ist. Dieser Rekurs findet Statt, sowohl wegen wesentlicher Mängel im Verfahren, als wenn gegen die klare Lage der Sache oder gegen klare Rechte gesprochen worden, und vertritt daher sowohl die Berufung als die gewöhnliche Nichtigkeitsklage. Ob und in wie weit letztere neben dem Rekurse noch stattfindet, ist Gegenstand der Erörterung des obigen Aufsatzes. Die in Aussicht genommene neue Prozeßgesetzgebung wird übrigens voraussichtlich mit so manchem Anderen auch diese Frage unpraktisch machen; allein bei der Ungewißheit, wie und wann eine Aenderung unseres dermaligen Prozesses in's Leben treten wird, und bei dem Umstande, daß die oft und viel angefochtene Justiz der Gemeinderäthe neuerdings energische Vertheidiger gefunden hat, schien die Mittheilung des obigen Aufsatzes noch nicht außer der Zeit zu seyn. (K.)

Digitized by Google

nicht gibt. Dieß folgt daraus, daß der Gesetzgeber für solche Streitigkeiten ein ganz eigenthümliches summarisches Verfahren eingeführt und hiebei außer der Wiedereinsetzung nur ein Rechtsmittel gegeben hat, nemlich den Rekurs;[2] es folgt ferner aus der Vergleichung dieser Bestimmung mit den dißfälligen Bestimmungen für Untergangsstreitigkeiten, welche vor den Gemeinderäthen verhandelt und entschieden werden. Da für diesen Fall bei den letzteren Streitigkeiten die Nichtigkeitsklage unter den Rechtsmitteln genannt ist,[3] so ist der Schluß begründet, daß der Gesetzgeber sie bei der ersten Klasse der den Gemeinderäthen zugewiesenen Prozesse, wo er sie nicht nannte, habe ausschließen wollen. Es folgt endlich ganz unzweifelhaft daraus, daß nach §. 15 des IV. Edikts nicht nur die Wirkung des Rekurses der Nullitäts-Querel entspricht, sondern daß unter den Gründen des Rekurses gerade auch solche Fälle aufgeführt sind, welche das Landrecht in Th. I. Tit. 56 als Nichtigkeitsgründe bei Urtheilen bezeichnet.[4] Diese Ansicht scheint auch in der Praxis ziemlich fest zu stehen.[5] Die in dem Werke von Berner-Schäfer aufgestellte Meinung, daß der Rekurs gegen gemeinderäthliche Erkenntnisse zwei Mal nach einander zulässig sey, einmal als Appellation und dann als Nichtigkeitsklage, wird sich nicht rechtfertigen lassen. Denn gerade damit, daß der Gesetzgeber für solche Fälle nur ein Rechtsmittel gestattet, und in diesem die Nichtigkeitsklage und die Appellation vereinigt, will er offenbar die Möglichkeit ausschließen, daß die Sache auf verschiedenem Wege öfter an den höheren Richter gebracht werde; sonst hätte die Einführung des besonderen Rechtsmittels des

[2] §. 15 des IV. Edikts vom 31. Dezember 1818.

[3] §. 9, Z. 3 des IV. Edikts.

[4] Vergleiche die Bemerkungen des Ref. zum IV. Edikt Ziff. 1, ad §. 15.

[5] Schütz, Civilprozeß, S. 460. Berner-Schäfer, das Verfahren, S. 503—504.

Digitized by Google

Rekurses keinen Zweck, es ließe sich namentlich kein Grund denken, warum das Gesetz in dieser Beziehung für geringfügige Sachen etwas Anderes hätte vorschreiben sollen, als für Untergangsstreitigkeiten. Nur in einem Falle ist eine mehrmalige Ergreifung des Rekurses gestattet, nemlich im Falle des §. 15, Ziff. 2 lit. d. des IV. Edikts. Nachdem der Rekurs innerhalb 30 Tagen aus irgend einem Grunde ergriffen, aber verworfen worden ist, kann die Sache nochmals im Wege des Rekurses vor denselben höheren Richter gebracht werden, wenn eine Bestechung oder Verfälschung der Beweismittel oder ein wesentlicher Mangel in den Streitsubjekten erst später sich gezeigt hat. Dieß und nichts Anderes hat das Obertribunal in der bei Berner-Schäfer a. a. O. S. 504, Note 1 allegirten Entscheidung vom 31. Mai 1834 (nicht 1833, wie dort angegeben ist) in Sachen Bäriz contra Bachmeyer ausgesprochen. Hiemit ist aber keineswegs gesagt, daß der Rekurs das eine Mal als Surrogat der Berufung erscheine, das andere Mal die Stelle der Nichtigkeitsklage vertrete, sondern er behält stets die Natur des eigenthümlichen in §. 15 des IV. Edikts geschaffenen Rechtsmittels bei, in welchem die Nichtigkeitsklage und die Berufung verschmolzen sind, und die Zulässigkeit einer Wiederholung desselben gründet sich lediglich auf die verspätete Entdeckung des Nichtigkeitsgrundes.

Damit ist nun aber die Frage noch nicht entschieden, ob gegen die oberamtsgerichtlichen Erkenntnisse in geringfügigen Sachen, welche im Rekursweg an dasselbe gebracht worden sind, eine Nichtigkeitsklage statthaft sey. Man sollte freilich glauben, wenn der Gesetzgeber die Nichtigkeitsklage schon für die erste Instanz ausgeschlossen habe, so habe er dieß noch viel mehr für die zweite thun wollen; und es könnte scheinen, daß es der Absicht des Gesetzgebers widerspreche, in Prozessen einen weiteren Instanzenzug und damit Weiterungen zuzulassen, in welchen er wegen ihrer Unbedeutendheit ein besonderes summari-

Digitized by Google

sches Verfahren für nothwendig erachtet habe, und in denen bloße Iniquitäten, die sonst zur Appellation berechtigen, überhaupt gar nicht beachtet, sondern nur grobe Verstöße gegen formelles oder materielles Recht berücksichtigt werden dürfen. In der That ist auch der Gerichtshof in Eßlingen früher von dieser Ansicht ausgegangen, indem er in S. Burkhardt gegen Krieger am 7. August 1847 die gegen das oberamtsgerichtliche Rekurserkenntniß erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen und seine Entscheidung folgendermaßen begründet hat: [6]

Gegen Erkenntnisse in geringfügigen Sachen findet die gewöhnliche Nichtigkeitsklage überhaupt nicht Statt. Zwar hat Schütz in seinem württembergischen Civilprozeß S. 461 unter Berufung auf eine Entscheidung des K. Gerichtshofs für den Jaxtkreis vom 11. September 1832 den Satz aufgestellt, daß ein oberamtsgerichtliches Erkenntniß, wodurch über einen gegen ein gemeinderäthliches Erkenntniß in einer geringfügigen Sache eingelegten Rekurs entschieden worden, unter gewissen Voraussetzungen mit einer Nichtigkeitsklage angefochten werden könne. Allein die Bestimmungen des IV. Edikts hinsichtlich der Zulässigkeit von Rechtsmitteln in geringfügigen Sachen beweisen zureichend, daß die gewöhnliche Nichtigkeitsklage hier gänzlich ausgeschlossen werden sollte. Der §. 15 des IV. Edikts erwähnt nemlich neben der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur des Rekurses als des einzig zulässigen Rechtsmittels gegen die Aussprüche der Gemeinderäthe in geringfügigen Sachen und läßt solchen nur innerhalb 30 Tagen nach Aussprechung des Erkenntnisses des Gemeinderaths, oder wenn erst nachher eine Bestechung oder eine Verfälschung der Beweismittel oder ein wesentlicher Mangel bei den Streit-

[6] Diese Entscheidungsgründe haben den Mitherausgeber dieses Archivs, Dr. Kübel, als damaliges Mitglied des Gerichtshofs zu Eßlingen, zum Verfasser.

Digitized by Google

subjekten sich zeigt, innerhalb 30 Tagen nach dieser Entdeckung zu. Nun ergibt sich aber aus den Bemerkungen des Referenten zu dem erwähnten §. 15 des IV. Edikts und der Vergleichung der einzelnen Fälle, in welchen der Rekurs stattfinden soll, daß derselbe lediglich zur Abschneidung formeller und materieller Nichtigkeiten gegeben wurde, somit den gleichen Zweck hat, wie die Nichtigkeitsklage. Hieraus folgt mit Nothwendigkeit, daß letztere nicht neben dem Rekurs noch zulässig seyn kann, denn es hätte die Beschränkung des Rekurses auf die kurze Frist von 30 Tagen gar keinen vernünftigen Sinn, wenn nachher derselbe Zweck mit der Nichtigkeitsklage noch 10 Jahre lang erreicht werden könnte. Dieß wird auch durch die Bestimmung des §. 9 des IV. Edikts weiter bestätigt, wonach die bei Untergangs-Sachen sonst zulässige Nichtigkeitsklage, wenn solche zu den geringfügigen Sachen gehören, ausdrücklich ausgeschlossen ist. Daß eben zwischen geringfügigen Untergangs-Sachen und geringfügigen sonstigen Rechtsstreitigkeiten in dieser Beziehung ein Unterschied bestehen sollte, dafür liegt nirgends auch nur der geringste Grund vor. — Ist hienach zweifellos, daß Erkenntnisse der Gemeinderäthe in geringfügigen Sachen mit der gewöhnlichen Nichtigkeitsklage nicht angefochten werden können, sondern nur innerhalb der schon erwähnten dreißigtägigen Frist der Rekurs zulässig ist, so folgt hieraus weiter, daß die Nichtigkeitsklage eben so wenig gegen Rekurserkenntnisse der Oberamtsgerichte statthaft seyn kann. Denn es läßt sich nicht annehmen, es habe der Gesetzgeber, welcher schon die Möglichkeit, geringfügige Sachen in die zweite Instanz zu bringen, so sehr beschränkte und für die Ergreifung des an die Stelle der Nichtigkeitsklage gesetzten Rekurses eine so kurze Frist setzte, gestatten wollen, daß das Erkenntniß zweiter Instanz zehn Jahre lang mit der Nichtigkeitsklage solle angefochten und somit innerhalb dieser langen Frist noch die Sache in eine dritte Instanz gebracht werden können.

Digitized by Google

Es läßt sich dieß um so weniger unterstellen, als gerade umgekehrt die Rechtsmittel gegen Erkenntnisse erster Instanz gewöhnlich weit leichter zugelassen, gegen Erkenntnisse der höhern Instanzen aber beschränkt werden, wozu bei geringfügigen Sachen um so mehr Grund vorliegt, als bei nicht rechtsgelehrten Gemeinderäthen weit eher, als bei den Oberamtsgerichten Nichtigkeiten in formeller und materieller Beziehung zu befürchten sind. Wenn daher der Gesetzgeber schon als Rechtsmittel gegen die Erkenntnisse der Gemeinderäthe die Nichtigkeitsklage ausschloß, wenn er bei geringfügigen Sachen aus dankenswerther und leicht erklärlicher Rücksicht auf das Mißverhältniß zwischen Objekt und weitern Kosten ein ganz besonderes beschränktes Rechtsmittel schuf, wenn er selbst den Namen „Nichtigkeitsklage" hiebei sorgfältig vermied, so zeigt dieses Alles deutlich, daß bei geringfügigen Sachen neben dem Rekurs überhaupt keine weitere Nichtigkeitsklage zulässig und jede Möglichkeit, diese Sachen in die dritte Instanz zu bringen, ausgeschlossen seyn sollte. Hätte der Gesetzgeber eine andere Absicht gehabt, so würde er solche ausdrücklich haben erklären müssen, während, wie gezeigt, nirgends auch nur eine Andeutung dafür gegeben ist, daß bei geringfügigen Sachen ein weiteres Rechtsmittel außer dem Rekurs zulässig seyn solle, um dieselben in eine dritte Instanz bringen zu können. Zwar bestimmt der §. 152 des IV. Edikts, welcher von den Bestimmungen der Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen Erkenntnisse der Oberamtsgerichte redet, daß die Nichtigkeitsklage ohne Rücksicht auf eine bestimmte Streitsumme stattfinde, und es könnte hieraus gefolgert werden wollen, daß auch bei Rekurserkenntnissen der Oberamtsgerichte die Nichtigkeitsklage zulässig seyn solle. Allein der ganze Zusammenhang ergibt, daß hier nur an Erkenntnisse, welche von dem Oberamtsgericht in erster Instanz gefällt worden, gedacht wurde, wie denn überhaupt hinsichtlich der Rekurserkenntnisse in geringfügigen Sachen außer

Digitized by Google

dem §. 15 des IV. Edikts sich nirgends eine Bestimmung findet.

Es läßt sich nicht mißkennen, daß die in diesen Gründen vertheidigte Ansicht Vieles für sich hat; gleichwohl aber erheben sich bei näherer Betrachtung gewichtige Bedenken gegen deren Richtigkeit. Das IV. Edikt gibt nemlich in §. 151 Ziff. 2 lit. a, und §. 152 gegen die oberamtsgerichtlichen Urtheile ganz allgemein und ohne Rücksicht auf gewisse Arten von Prozessen oder die Größe der Streitsumme die Nichtigkeitsklage, und verweist in §. 159 bezüglich dieser Querel auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wonach dieses Rechtsmittel bekanntlich in einem sehr ausgedehnten Maße stattfindet. Ein genügender Grund, jene allgemeine Bestimmung auf solche Urtheile zu beschränken, welche das Oberamtsgericht in erster Instanz gefällt hat, liegt nicht vor, und diese Unterstellung ist schon darum ausgeschlossen, weil Niemand bezweifeln wird, daß auch die von den Oberamtsgerichten als zweite Instanz in Untergangs-Sachen gefällten Urtheile mit der Nichtigkeits-Querel angefochten werden können.[7] Ist aber die erwähnte Gesetzesbestimmung allgemein aufzufassen, so muß man die Nichtigkeitsklage auch gegen die oberamtsgerichtlichen Erkenntnisse in geringfügigen Sachen

[7] Hiegegen ist zu erinnern, daß der §. 9 des IV. Edikts die gewöhnliche Nichtigkeitsklage auch gegen gemeinderäthliche Erkenntnisse in Untergangssachen, wenn sie zu den geringfügigen gehören, ausschließt und nur einen Rekurs zuläßt, und daher für diesen Fall dieselben Gründe, welche der Zulassung der Nichtigkeitsklage gegen oberamtsgerichtliche Rekurserkenntnisse in geringfügigen Sachen überhaupt entgegenstehen, auch deren Zulassung gegen oberamtsgerichtliche Rekurserkenntnisse in geringfügigen Untergangssachen ausschließen müssen. Daß gegen oberamtsgerichtliche Appellationserkenntnisse in nicht geringfügigen Untergangssachen die Nichtigkeitsklage an den Gerichtshof statthaft ist, unterliegt allerdings keinem Zweifel, allein hieraus folgt nichts für unsere Frage, da in diesen Sachen schon gegen das gemeinderäthliche Erkenntniß die Rechtsmittel der Berufung und der gewöhnlichen Nichtigkeitsklage stattfinden. (K.)

Digitized by Google

zulassen, denn auch in diesen wird über die Materie des Streites entschieden. Sodann kommt in Betracht, daß die Gemeinderäthe aus rechtsunerfahrenen, häufig ungebildeten Mitgliedern bestehen, bei denen man es mit der Form nicht so genau nehmen kann. Wenn also hier der Gesetzgeber bei unbedeutenden Verstößen ein Auge zudrückte und sich damit begnügte, daß im Wesentlichen das Richtige getroffen werde, so hatte dieß einen guten Grund. Von den Oberamtsgerichten aber muß man verlangen, daß sie die gesetzlichen Vorschriften kennen und genau beobachten. Folglich läßt sich annehmen, daß der Gesetzgeber bei den Oberamtsgerichten nicht von denselben Prinzipien rücksichtlich der geringfügigen Sachen habe ausgehen wollen, wie bei den Gemeinderäthen. Es kann also daraus, daß die Nichtigkeitsklage gegen gemeinderäthliche Urtheile nicht stattfindet, nicht gefolgert werden, sie sey auch gegen oberamtsgerichtliche Erkenntnisse in solchen Prozessen ausgeschlossen.

Von dem Gerichtshofe in Ellwangen ist ein mit dieser Ansicht übereinstimmendes Präjudiz vom 11. Septbr. 1832 bekannt,[8] und auch der Gerichtshof in Eßlingen, bei welchem die Frage in neuerer Zeit wieder zur Erörterung kam, ist in einer am 17. Febr. 1860 entschiedenen Prozeßsache Pommer contra Schumann derselben beigetreten.[9] In dieser Sache wurde die erhobene Nichtigkeitsklage zwar an sich als statthaft angenommen, sie wurde aber verworfen, weil keine Gründe vorgebracht worden waren, welche das oberamtsgerichtliche Verfahren und Erkenntniß als nichtig darstellten. Es wurde nemlich hiebei davon ausgegangen, daß es nur darauf ankomme, ob von dem Oberamtsgericht eine Nichtigkeit begangen worden sey, daß aber auf das Verfahren

---

[8] Richter, Aufsätze, S. 168. Berner, das IV. Edikt, S. 86, Note 2. Schütz, a. a. O. S. 461, Note 21.

[9] Uebrigens ohne Kenntniß des älteren Präjudizes. (K.)

und Urtheil des Gemeinderaths nicht mehr zurückgegriffen werden dürfe.[10]

Zum Schlusse möge noch die Bemerkung Raum finden, daß eine Beschwerde gegen prozeßleitende Verfügungen der Gemeinderäthe in geringfügigen Sachen bis zum Obertribunal zulässig ist, weil solche Beschwerden, wenigstens nach den Grundsätzen unseres Prozeßverfahrens, nicht blos bis zu derjenigen Instanz, an welche die Sache im Wege eines förmlichen Rechtsmittels, Berufung oder Nichtigkeitsklage, gebracht werden kann, sondern ohne Rücksicht auf die für die Rechtsmittel bestehenden Beschränkungen stets bis zur höchsten Instanz verfolgt werden können. Dieß ist von dem Obertribunal schon mehrfach angenommen worden.[11]

---

6) Ueber die Strafbarkeit von s. g. delicta propria, verübt durch nicht mit sämmtlichen erforderlichen Eigenschaften versehene Personen.

(Von Herrn Professor Dr. Geßler in Tübingen.)

Den Gegenstand gegenwärtiger Erörterung mögen zwei Fälle veranschaulichen:

Ein Gemeinderath beging Handlungen, welche den Inhalt des Verbrechens des Art. 419 des württ. St. G. B. — der Täuschung bei Amtshandlungen — bildeten. Derselbe war, was bei seiner Wahl übersehen wurde, zu Arbeitshausstrafe verurtheilt, deren Wirkungen noch zur Zeit seiner Wahl fortdauerten; seine Bestellung zum Gemeinderath war deßhalb ungiltig.

Eine Person war faktisch in der Ausübung des selbstständigen Betriebs eines kaufmännischen Gewerbes, ohne

---

[10] Vergleiche Berner-Schäfer, das Verfahren, S. 505—506.

[11] Vergleiche dieses Archiv, Bd. 3, S. 168, Ziff. 26.

Digitized by Google

daß sie die gesetzlich hiezu nöthigen Erfordernisse hatte, und machte sich Handlungen schuldig, welche den Thatbestand des leichtsinnigen Bankerotts bilden.

In beiden Fällen entstand die Frage, ob und in wie weit diese Handlungen trotz der Mängel der persönlichen Eigenschaften strafbar sind, ob sich insbesondere die betreffende Person der Vollendung oder nur des Versuchs der Verbrechen schuldig gemacht habe.

Diese Frage ist prinzipiell durchaus nicht auf die Verübung von delicta propria beschränkt, hat vielmehr die allgemeine Bedeutung, ob und in wie weit es von Einfluß erscheint, daß eine Handlung, welche die äußeren Momente eines einzelnen Verbrechens an sich trägt, bestimmter Eigenschaften entbehrt, welche nach den in anderen Gebieten des Rechts bestehenden Grundsätzen erforderlich sind, damit sie vollkommen rechtsgiltig sey. Der Grund des Mangels kann auch hier darin liegen, daß das handelnde Subjekt nicht die gesetzlich nöthigen Eigenschaften besitzt; er kann aber auch darauf beruhen, daß der Vornahme der Handlung durch ein an sich hiezu befähigtes Subjekt anderweitige gesetzlich nöthige Erfordernisse fehlen. Zur Erläuterung des Gesagten dient die wissentliche Leistung eines falschen Eids durch einen Eidesunwürdigen oder wegen Meineids Verurtheilten, durch einen Mitschuldigen; das Schwören eines falschen Eides vor einer nicht mit der erforderlichen Gerichtsbarkeit oder der Zuständigkeit im einzelnen Falle ausgestatteten Behörde.

Es könnte selbst als ein möglicherweise analoger Fall angenommen werden, wenn eine Pflicht (z. B. zur Haltung ehelicher Treue) als bestehend betrachtet wird, während diese nicht vorliegt, weil dem Verhältnisse, aus welchem die Verpflichtung abgeleitet wird, die rechtliche Giltigkeit mangelt. (Z. B. die Ehe nur eine putative ist.)

Suchen wir nun für diese Fragen die Lösung, so haben wir vor Allem die Anwendbarkeit der Grundsätze über das s. g. Wahnverbrechen zurückzuweisen. Liegt

Digitized by Google

ein solches vor, wenn man Handlungen für verboten hält, welche es in Wirklichkeit nicht sind, so ist ja hier gerade die Frage, ob Handlungen, welche bei Personen mit bestimmten Eigenschaften oder unter besonderen Voraussetzungen sicher verboten sind, nicht auch sonst noch als strafbar erscheinen.

Als Momente für die Auffindung des Prinzips haben wir vielmehr folgende zu betrachten:

Der zur Ausübung öffentlicher Funktionen an sich nicht befähigte öffentliche Diener entwickelt, in so lange der Mangel nicht entdeckt ist, durchaus eine Wirksamkeit, welche allenthalben als die eines hiezu berechtigten Dieners anerkannt ist, es ist ihm diejenige Gewalt anvertraut, gegen deren Mißbrauch sonst strafrechtlicher Schutz als nöthig erachtet wird; der ein kaufmännisches Geschäft Betreibende befindet sich in einem Wirkungskreise, in welchem durch das öffentliche Interesse besondere Strafbestimmungen wegen unredlichen Verhaltens oder Mißbrauchs des Credits erforderlich sind. Die Verpflichtungen, welche mit diesen Stellungen im Allgemeinen verbunden sind, bestehen auch für ihn, er hat ihre Einhaltung möglicherweise besonders versprochen, jedenfalls stillschweigend übernommen. Selbst das Bewußtseyn, daß er eine ihm nicht gebührende Stellung einnehme, kann ihn nicht von Erfüllung der Pflichten entbinden, welche mit dem von ihm faktisch eingenommenen Geschäftskreise verknüpft sind.[1]

[1] Die Haftung des Protutor und falsus tutor im Civilrechte, gleich einem gehörig bestellten Tutor, läßt an sich für das Strafrecht keine analoge Anwendung zu, beweist jedoch, daß dem Rechte nicht fremd ist, einen, bestimmte Pflichten auch ohne genügenden Rechtsgrund Uebernehmenden gleich einem, vollkommen rechtlich begründet in dem betreffenden Verhältnisse Stehenden zu behandeln. Die im bayerischen St.-G.-B. Art. 295, 399, sächsischen Crim.-G.-B. Art. 321, hannoverischen G.-B. Art. 219, großh. hessischen Art. 407, badischen §. 539, thüringischen Art. 318, preußischen §. 246 für Vormünder gegebenen Strafbestimmungen werden wohl auch auf Protutores Anwendung finden.

Digitized by Google

Ist eben hierin gelegen, daß auch eine vollkommene Verletzung dieser Pflichten möglich ist, so wird hieran auch keine Aenderung bewirken, daß den Handlungen der betreffenden Person schließlich nach Entdeckung des Mangels nicht die Bedeutung zukommen kann, welche denjenigen eines gehörig hiezu Berufenen beizulegen ist.

So weit zur Annahme der Vollendung der Eintritt eines Nachtheils gehören und dessen Entstehung durch die mangelnde Eigenschaft verhindert würde, hat der Mangel der persönlichen Eigenschaft natürlich Einfluß. Wollte man diesem Mangel auch sonst Einfluß einräumen, so wäre nur die Annahme eines Versuchs mit untauglichem Mittel möglich. Die von dem öffentlichen Diener unter amtlichem Glauben erfolgten Beurkundungen haben aber bis zur Entdeckung des Mangels die Bedeutung von obrigkeitlichen Akten und selbst nachher noch, in so weit sie nicht angefochten werden. Die Einräumung der Stellung gewährt ihm gerade die Möglichkeit, das Verbrechen, welches andere als physische Urheber nicht zu begehen vermögen, zu verüben. Eben deßhalb liegt auch von seiner Seite eine vollständige Verletzung von öffentlicher Treue und Glauben, welche seinen amtlichen Handlungen zukommt, vor. Der ein kaufmännisches Geschäft Betreibende, welcher in fraudem legis die ihm nicht zukommende Berechtigung ausübt, ist faktisch im vollen Genusse der etwa solchen Handeltreibenden zukommenden Vorzüge.

Spricht alles Bisherige für die Annahme der Begehung des Verbrechens auch durch ein nicht mit den nöthigen persönlichen Eigenschaften versehenes Subjekt, so ist doch eine Beschränkung zu machen: fehlt die intellektuelle Befähigung, welche die Stellung überhaupt oder doch in den hier erheblichen strafrechtlichen Beziehungen voraussetzt, so steht dieß der Anwendung des Strafgesetzes entgegen. Das Moment, daß er überhaupt nicht in diesen Kreis von Pflichten hätte gestellt werden sollen, muß dann Beachtung finden, wenn ihm nach seinen Verstan-

Digitized by Google

deskräften die Befähigung zur Erfüllung derselben abgeht. Es kann auch z. B. bei dem betrügerischen oder leichtsinnigen Bankerott die Gesetzgebung das Erforderniß einer vorgängigen Bildungslaufbahn zum Handelsmann in der Absicht aufgestellt haben, daß nur bei dieser die intellektuelle Befähigung angenommen wird.

Ist in dem Bisherigen ein Prinzip für die zunächst zur Sprache gebrachten Fälle gewonnen, so wird seine Probehaltigkeit sich ergeben, wenn zugleich die Frage in den andern Beziehungen zu lösen gesucht wird.

An der Hand des aufgestellten Prinzips werden wir den Eidesunwürdigen, welcher einen Meineid leistet, nicht für strafbar zu erachten haben, weil die Gesetzgebung den Mangel intellektueller Befähigung annimmt; dagegen liegt kein Hinderniß vor, den Meineidigen, welcher nicht hätte beeidigt werden sollen, des vollendeten Meineids schuldig zu betrachten.

Haben wir als das Wesen des Falsum und so auch des Meineids zu erkennen, daß hierin eine Entstellung der Wahrheit gelegen ist, welche in einer Weise äußerlich gemacht wird, daß hiedurch die Grundlagen von öffentlicher Treue und Glauben angegriffen sind, so ist ja hier der Thatbestand des Verbrechens vollständig erfüllt.

Bei Mitschuldigen, welche nicht beeidigt werden sollten, wirft sich die Frage auf, ob und in wie weit die Gesetzgebung hiebei die Kollision zwischen der Pflicht zur Wahrhaftigkeit und dem Recht der Selbsterhaltung, welches durch den Mangel der Nöthigung zu einer Selbstanzeige eines Verbrechens anerkannt ist, zu berücksichtigen hat. Nimmt sie die Pflicht zur Wahrhaftigkeit als hiedurch aufgehoben an, so liegt auch keine Verletzung derselben vor.[2]

[2] Das sächsische St.-G.-B., welches in seinen Motiven die hier vorliegende Kollision zwischen dem psychologischen Eindrucke der Meineidsstrafe und dem der sonst verwirkten Strafe hervorhebt, verordnet zu Art. 225 Herabsetzung der Strafe auf die Hälfte. Zu vergleichen Motive zum Entwurf des württ. St.-G.-B. S. 197 ff.

Digitized by Google

Bei Leistung des Eides vor einer zur Abnahme eines solchen überhaupt nicht befugten Behörde fehlt es am Thatbestande, sofern ein Eid dieser Art kein amtlicher, sondern ein außeramtlicher ist. Dagegen steht bei bloßem Mangel an Zuständigkeit kein Hinderniß im Weg, Vollendung des Meineids anzunehmen; denn die nach sonstigen Rechtsnormen stattfindende Ungiltigkeit nimmt doch nicht der Handlung ihren Charakter vor der Obrigkeit, und die Verpflichtung zur Wahrhaftigkeit war in Folge der Unterwerfung des den Eid Leistenden äußerlich anerkannt, und eben deßhalb vollständig verletzbar. Sie ist in Formen verletzt, welche auf öffentliche Treue und Glauben Anspruch haben. Auch sonst ist bei Angriffen auf öffentliche Treue und Glauben zur Vollendung nicht erforderlich, daß dieselben gelungen sind. Die falsche Urkunde muß nicht zur Täuschung geeignet seyn, noch weniger eine solche hervorgerufen haben.

Die Entscheidung dieser Frage ist speziell auch für die Verbrechen von öffentlich Bediensteten erheblich, sofern die einzelne Gesetzgebung als formelles Erforderniß des Vorliegens von Dienstverbrechen entweder überhaupt oder bei einer bestimmten Klasse von öffentlichen Dienern, wie den untergeordneten, die eidliche oder durch Handgelübde erfolgte Verpflichtung bestimmt.

Besteht in Wirklichkeit keine Verpflichtung, wie bei einer Putativehe, so kann eine wirkliche Verletzung einer solchen auch nicht stattfinden; es ist hier Strafbarkeit blos nach den Grundsätzen über Versuch mit untauglichem Mittel anzunehmen möglich, und es fällt die Verfolgbarkeit dieses auch dann hinweg, wenn Ehebruch nur auf Klage strafbar ist, weil dem putativen Gatten die Legitimation zur Sache fehlt.

Die Literatur beschäftigt sich vorzüglich nur mit dem Einflusse der Ungiltigkeit des Eides bei dem Meineid.[3]

[3] Zu vergleichen hierüber aus der neuesten Zeit die Abhandlung von

Digitized by Google

Auch in den Strafgesetzgebungen der heutigen Zeit wird die Frage nicht ausdrücklich entschieden. Dieselben enthalten mehrfach Bestimmungen über die Strafbarkeit der Theilnahme eines nicht öffentlichen Dieners an Verbrechen öffentlicher Diener und es ist deßhalb eine Erörterung angemessen, in wie weit aus solchen Bestimmungen Konsequenzen für die vorliegende Frage abzuleiten sind.

Diejenigen Gesetzgebungen,[4] welche die Strafbarkeit

Generalstaatsprokurator Dr. von Dahn-Rothfelser zu Kassel in der Zeitschrift für Strafrechtspflege IV. S. 99—117, 214—231 und die dort Angeführten.

[4] Hieher gehören das preußische St.-G.-B. §. 331, das oldenburger St.-G.-B. Art. 308, das österreichische St.-G.-B. §. 5, verglichen mit §. 101, welcher als Beamten Denjenigen ansieht, welcher vermöge unmittelbaren oder mittelbaren öffentlichen Auftrags Geschäfte der Regierung zu besorgen verpflichtet ist, somit Alles auf die Verpflichtung durch ertheilten öffentlichen Auftrag zu stellen scheint; das sächsische St.-G.-B., welches in den Art. 55, 65 die Strafbarkeit von Beihilfe und Anstiftung zu Dienstverbrechen, sofern letztere nicht lediglich zu den Zwecken des nicht öffentlich Bediensteten stattfindet, annimmt, und in den Art. 66—69 selbstständige Strafbestimmungen für Anstiftung, Beihilfe und Begünstigung von Militärverbrechen gibt; das badische St. G.-B. §. 137, (Thilo, S. 155), welches wenigstens strafbare Beihilfe zu einem Dienstverbrechen anzunehmen scheint; das hessische (nassauische, Frankfurter) St.-G.-B., welches in Art. 84 (beziehungsweise Nassau Art. 80) die Strafbarkeit von Beihilfe ausdrücklich vorschreibt und auch wohl von der Strafbarkeit des Anstifters ausgeht (Breidenbach Comm. I. 2, S. 257 ff.); der bayerische Entwurf von 1854 Art. 371, verglichen mit Art. 317, welcher zugleich in Art. 369 nur auf das Betraut- und Verpflichtet-Seyn Gewicht zu legen scheint; das bayerische St.-G.-B. von 1813 gibt keine Entscheidung. Das hannoverische St.-G.-B., welches im Art. 69, Schlußsatz, allgemein die Strafe der Beihilfe zu einem mit Dienstentsetzung bedrohten Verbrechen regelt, enthält hiemit auch die Annahme der Strafbarkeit der Beihilfe durch einen nicht öffentlichen Diener. (Zu vergleichen die Motivirung dieser Bestimmung durch die zweite Kommission und die Stände bei Leonhardt, Commentar I, S. 292. Die erste ständische Kommission hatte als Strafe für Beihilfe zu einem mit Dienstentlassung bedrohten Verbrechen Suspension, verbunden mit Geldstrafe, vorgeschlagen, was auf Beschränkung der Strafbarkeit hin-

Digitized by Google

einer Theilnahme auch von Seiten eines nicht öffentlichen Dieners annehmen, werden wir auch unbedingt zu denjenigen zu rechnen befugt seyn, welche einen nicht mit den nöthigen Eigenschaften versehenen öffentlichen Diener für strafbar erachten. Zwar kann bei der Strafbarkeit der Theilnahme stets noch vorausgesetzt seyn, daß der Urheber für den öffentlichen Dienst durchaus ordnungsmäßig bestellt ist, während hier dem den Akt selbst vornehmenden Individuum diese Stellung nicht gebührt. Allein wenn selbst für einen Solchen, welcher durchaus nicht im Kreise der durch den öffentlichen Dienst begründeten Verpflichtungen steht, die Möglichkeit eines Verbrechens und hiemit die Verletzung einer allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht angenommen ist, so ist offenbar die Annahme einer Verschuldung von Seiten Desjenigen, welcher faktisch die Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes besonders übernommen hat, hiemit noch um so mehr ausgesprochen.

Gesetzgebungen,[5] welche die Strafbarkeit der Theilnahme eines Nichtbeamten an, von öffentlichen Dienern begangenen, Verbrechen nicht annehmen, schließen hiemit noch nicht die Strafbarkeit in den vorliegenden Fällen aus, denn sie können zu dem ersteren Ergebnisse sehr wohl dadurch gelangen, daß hiebei das Moment der Verletzung der besonderen Dienstpflicht fehle,[6] während

---

gewiesen hätte). Das thüringische St.-G.-B. Art. 322 wird unter den Worten: „oder von Anderen in Bezug auf solche Personen" gleichfalls die Möglichkeit der Theilnahme von nicht im öffentlichen Dienste oder sonst in öffentlicher Pflicht stehenden Personen berücksichtigt haben.

[5] Württemb. St.-G.-B. Art. 404, braunschweig'sches St.-G.-B. §. 252.

[6] Zu vergl. Brakenhöft im Krim. Arch. von 1840, S. 422. Von den gesetzgeberischen Faktoren in Württemberg stützten die Regierungs-Motive zum Entwurf S. 308 ff. die Strafloſigkeit des Theilnehmers darauf, daß der Nichtangestellte nicht verbunden, oft nicht einmal fähig sey, die dem Beamten vermöge seines Amts obliegenden

gerade bei faktisch in dem Pflichtenkreise Stehenden die Frage sich aufwerfen muß, ob hier das Gleiche zutrifft.

Kennt die einzelne Gesetzgebung Dienstentlassung nicht blos als Nebenstrafe, sondern als möglicherweise einzige Strafe, so ist diese gegenüber von einem Solchen, welchem die Befähigung zum öffentlichen Dienste abgeht, nicht anwendbar, denn das Ausscheiden aus der von ihm eingenommenen Stellung hat, abgesehen von der Verübung des fraglichen Verbrechens, einzutreten, und kann ihm gegenüber nicht als ein besonderer Eingriff in seinen Willen, welcher eine dem Verbrechen entsprechende Strafe bilden würde, in Betracht kommen. Deßhalb kann wohl kein Zweifel bestehen, daß ihm gegenüber für die an sich angedrohte Dienstentlassung eine Surrogatstrafe zu erkennen ist. Die nicht zu dem betreffenden öffentlichen Dienste Berechtigten werden hiedurch ähnlich behandelt, wie Diejenigen, gegenüber von welchen die Dienstentlassung nicht ausgesprochen werden kann, weil sie nicht bleibend angestellt sind. [7]

Aus dem Inhalte dieser Gesetzgebungen könnte aber gerade ein Moment für die Straflosigkeit der nicht zum öffentlichen Dienste Befähigten entnommen werden, weil nicht für einen solchen Fall das Surrogat der Dienstentlassung bestimmt ist. Dieses Moment könnte noch für stärker gehalten werden, sofern einzelne Gesetzgebungen

---

Pflichten zu kennen oder zu beurtheilen. Diesen Grund erachtete die Kommission der Kammer der Abgeordneten nicht als einen stets zutreffenden, aber Straflosigkeit als begründet, weil die Strafe der Dienstvergehen in den meisten Fällen zu streng, und weder durch das Interesse des Diensts noch durch das der bürgerlichen Gesellschaft geboten sey, die Beihilfe zu reinen Dienstvergehen mit Strafe zu belegen. Die Praxis (zu vergl. insbesondere Hufnagel Comm. III. S. 85) stützt die Straflosigkeit auf den Mangel der Verletzung einer Dienstpflicht.

[7] Zu vergleichen württemb. St.-G.-B. Art. 55, braunschweig'sches St.-G.-B. §. 249, hessisches St.-G.-B. Art. 440, 441, nassau'sches St.-G.-B. Art. 436, 437.

Digitized by Google

die Fälle, in welchen ein Surrogat eintreten kann, sehr vollständig bestimmen, so daß eine Beschränkung auf die im Gesetze ausdrücklich aufgeführten hieraus abgeleitet werden könnte. Das Surrogat soll z. B. nach dem braunschweig'schen Strafgesetze eintreten, wenn Dienstentlassung mehrfach verwirkt, oder die Strafe zu einer Zeit, wo der Dienstverband aufgehört hat, zu erkennen ist, oder der Schuldige noch nicht im Dienstverbande steht, sondern in einer Vorbereitungsstelle sich befindet oder nur vorübergehend mit einer Dienstverrichtung beauftragt ist.

Allein hieraus könnte jedenfalls nicht für die Möglichkeit der Begehung von Dienstverbrechen überhaupt, sondern bloß für die von mit Dienstentlassung bedrohten ein Schluß gezogen werden; für erstere wäre ein Schluß nur zulässig, wenn der Gesetzgeber im Bewußtseyn, daß als Subjekte der Dienstverbrechen bloß zum öffentlichen Dienst Befähigte erscheinen können, das Surrogat der Dienstentlassung nicht für anwendbar erklärt hätte. Sofort wäre der Grundsatz der Unmöglichkeit der Begehung von Verbrechen durch nicht im öffentlichen Dienste Verwendbare gesetzgeberisches Prinzip und die Nichtfestsetzung eines Surrogats nur ein Ausfluß desselben. Daß aber als Konsequenz eines solchen allgemeinen Grundsatzes ein Surrogat der Dienstentlassung nicht für diesen Fall festgesetzt worden wäre, ist nicht nachweisbar.

Es ist somit nicht eine Bestimmung absichtlich unterlassen, sondern es besteht höchstens eine Lücke für mit Dienstentlassung bedrohte Verbrechen.

Eine solche Lücke wäre bei dem braunschweig'schen St.-G.-B., welches Analogie auch behufs der Ausdehnung des Strafgesetzes zuläßt, durchaus zu ergänzen gestattet. Allein selbst für Gesetzgebungen, welche, wie regelmäßig, ein Verbot der Analogie in solchen Fällen enthalten, ist nicht als Ergebniß die Strafloſigkeit von mit Dienstentlassung bedrohten Verbrechen anzunehmen.

Für nur vorübergehend mit einer Dienstverrichtung

Digitized by Google

Beauftragte, für nicht bleibend Angestellte ist das Erforderniß einer vollständigen Befähigung zur Versehung des öffentlichen Diensts nirgends verlangt; der äußerlich bleibend Angestellte ist jedenfalls einem vorübergehend mit einer Dienstverrichtung Beauftragten gleich zu achten. Es muß deßhalb nach den Regeln der Auslegung auf ihn Dasjenige Anwendung finden, was für Letzteren bestimmt ist.

Die über Surrogatstrafen gegebenen Bestimmungen dienen somit selbst noch zur Bestätigung für die Möglichkeit der Begehung von Dienstverbrechen durch öffentliche Diener, welche nicht sämmtliche hiezu erforderliche Eigenschaften haben.

Zugleich folgt jedoch daraus, daß bei Gesetzgebungen, welche, wie die württembergische und braunschweig'sche, eine verschiedene Surrogatstrafe — eine höhere für bleibend Angestellte, welche Dienstentlassung mehrfach verwirkt haben, eine niedrigere für vorübergehend Beauftragte — bestimmen, die niedrigere Surrogatstrafe als hier zutreffend anzunehmen ist, sofern das Recht des einzelnen Staats analoge Ausdehnung einer Strafbestimmung nicht gestattet. Die nicht zum öffentlichen Dienste Befähigten sind ja, was jedenfalls auch das mildere Ergebniß ist, bei mit Dienstentlassung bedrohten Verbrechen als den vorübergehend Beauftragten gleichgestellt anzunehmen.

Wollte man aber auch hierüber anderer Ansicht seyn, so steht als Ergebniß der obigen Ausführung doch wohl fest, daß ein, nicht in gehöriger Weise oder trotz des Mangels der erforderlichen persönlichen Eigenschaften, mit einem öffentlichen Dienste Betrauter bei Begehung von in solcher Stellung möglichen Dienstverbrechen den hierüber bestehenden Strafbestimmungen unterworfen ist, es würde denn der Mangel einer gerade auch für das betreffende Verbrechen erheblichen intellektuellen Befähigung bestehen.

Digitized by Google

7) Ueber die Voraussetzungen, unter welchen gerichtliche und vorläufige Haft zulässig sind.

(Von Herrn Rechtskonsulent Strauß, sen. in Heilbronn.)

Dem aufmerksamen Beobachter drängt sich die Ueberzeugung auf, daß in die Praxis der Gerichte die Grundsätze über die Voraussetzungen, unter welchen die vorläufige Verhaftung eines Angeschuldigten gerechtfertigt ist, sich noch nicht der Art und so allgemein eingelebt haben, um nicht da und dort bei Verhängung solcher Maßregeln irre werden zu lassen, ob es denn an genügenden gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der persönlichen Freiheit bei uns nicht fehle.

Der Einsender hält es deßhalb im allgemeinen Interesse, in dem Folgenden einen Auszug aus einem diesen Gegenstand betreffenden, aus Anlaß eines Specialfalls abgegebenen Gutachten der Leipziger Juristenfakultät zu veröffentlichen, so weit dasselbe darauf bezügliche allgemeine Grundsätze erörtert. Das Gutachten sagt:

Die Verhaftung eines Angeschuldigten ist nur zulässig 1) wenn derselbe der Flucht verdächtig oder 2) von ihm zu besorgen ist, daß er durch Kollusionen mit Mitschuldigen oder mit Zeugen den Zweck der Untersuchung vereiteln möchte.

Allein diese beiden Momente oder eines derselben reichen noch keineswegs hin, einen Angeschuldigten zu verhaften. Vielmehr müssen noch besondere Voraussetzungen hinzukommen, wenn aus einem der genannten Gründe eine Verhaftung zulässig seyn soll.

ad. 1) Der Verdacht der Flucht gegen einen Angeschuldigten ist dann begründet, wenn bei ihm das Interesse, sich durch die Flucht der möglichen Strafe zu entziehen, im konkreten Fall größer und stärker ist, als die Interessen, die ihn an seinen gegenwärtigen Aufenthaltsort binden.

Digitized by Google

Die Gründe, dieses anzunehmen, können in der Persönlichkeit des Angeschuldigten liegen oder in der Größe der ihm drohenden Strafe, wenn auf dem Verbrechen, dessen er angeschuldigt ist, eine so hohe Strafe steht, daß durch die Besorgniß vor derselben die Nachtheile, die für ihn sonst mit seiner Flucht verbunden sind oder seyn möchten, weit überwogen werden, so lange die befehlende Vorschrift von Art. 150 der württembergischen Strafprozeßordnung (gerichtliche Haft bei Verbrechen, welche mit Zuchthaus oder noch höherer Strafe bedroht sind, eintreten zu lassen,) nicht zur Anwendung zu kommen hat.

ad. 2) Nach gemeinem Recht und nach allgemeinen Grundsätzen ist zwar nicht unbestritten, daß, wenn triftige Gründe einer Besorgniß vorliegen, der Angeschuldigte werde durch eine Kollusion mit Zeugen den Zweck des Untersuchungs-Verfahrens gefährden, zu einer Haft desselben geschritten werden kann. Das gemeine Recht enthält keine Bestimmung über Berechtigung zur Anlegung einer Haft wegen Besorgniß von Kollusionen des Angeschuldigten. Es spricht nicht einmal von einer Zulässigkeit der Verhaftung wegen Besorgniß von Kollusionen zwischen Mitschuldigen; die einzige Stelle, die man auf den ersten Anblick hierauf zu beziehen versucht seyn könnte (Art. 11 der Peinl. G.-O. Karls V.), spricht, wie jetzt wohl allgemein anerkannt ist, gar nicht von Anlegung einer Haft wegen möglicher Kollusionen, sondern blos von der Trennung bereits aus anderen Gründen verhafteter Mitschuldiger.

Deßhalb sind auch die Ansichten darüber, ob wegen zu besorgender Kollusion zwischen Angeschuldigten und Zeugen eine Haft gegen den Ersteren verhängt werden könne, nicht übereinstimmend. Denn manche Schriftsteller berühren bei der Verhaftung diesen Grund der Anlegung einer Haft gar nicht, Andere ziehen ihn ausdrücklich in Abrede und behaupten, daß nach allgemeinen Prinzipien des Strafverfahrens und nach gemeinem Recht durch

Digitized by Google

eine solche Besorgniß eine Verhaftung nicht gerechtfertigt werde.[1] Allein die herrschende Ansicht und mit ihr die Praxis nehmen die Zulässigkeit einer Verhaftung des Angeschuldigten, falls solche Kollusionen zu besorgen sind, doch an und dies stimmt ohne Zweifel auch mit den allgemeinen Grundsätzen des Strafverfahrens überein. Allerdings ist die Verhaftung eines blos Verdächtigen nur ein Nothmittel, weil sie leicht auch einen Unschuldigen treffen kann, sie kann nur verhängt werden, wenn aus vorliegenden Gründen nach Lage der Sache anzunehmen ist, daß ohne sie der Zweck der Untersuchung gefährdet werde, und sie somit zur Wahrung dieses Zwecks nothwendig erscheinen mußte. Dieser Zweck kann aber nicht blos durch Kollusion zwischen Mitschuldigen, sondern auch durch eine Kollusion des Angeschuldigten mit Zeugen wesentlich gefährdet werden.

Auch das württembergische Recht stimmt hiemit überein, indem es (Str. Proz. O. Art. 151) eine Verhaftung für zulässig erklärt, wenn „nach Lage der Sache die Vereitelung des Zwecks der Untersuchung durch Verabredung mit Zeugen zu fürchten ist."

Wohl zu beachten ist aber, daß die bloße Möglichkeit einer Kollusion mit Zeugen nicht hinreichen kann, um die Verhaftung des Angeschuldigten zu begründen; auch ist es wohl keinem unserer bewährteren Kriminalisten eingefallen, in jedem Falle, in welchem die bloße Möglichkeit einer solchen Kollusion vorliegt, eine Verhaftung für nothwendig oder für zulässig zu erklären. Vielmehr müssen triftige Gründe vorliegen welche eine solche Kollusion besorgen lassen, Gründe, die theils in Versuchen, die der Angeschuldigte bereits in dieser Hinsicht gemacht hat und in seinem sonstigen Benehmen,

---

[1] So z. B. Müller, Lehrb. des Krim.-Proz. §. 139, Note 26 Mittermaier, Strafverfahren 4. Ausgabe Bd. 1, §. 74.

Digitized by Google

theils in seiner Persönlichkeit und in der Beschaffenheit des Verbrechens liegen können. [2]

Auch dieses erkennt das württembergische Recht an. Es läßt in den Fällen, in denen die Anschuldigung nicht auf ein mit Zuchthausstrafe bedrohtes Verbrechen gerichtet ist, eine Verhaftung nur zu, „nach Maßgabe der besonderen Verhältnisse der Person und des Verbrechens," (Str.-Proz.-O. Art. 151, gerichtliche Haft, Art. 155, vorläufige Haft), und diese Maßgabe bestimmt es im Art. 151 näher dahin: das Gericht habe „hier zu erwägen, ob nach der Größe des Verbrechens, nach den Familien- und Vermögensverhältnißen, dem früheren Leben und dem Rufe des Angeschuldigten die Flucht desselben zu besorgen oder nach der Lage der Sache die Vereitelung des Zwecks der Untersuchung durch Verabredung mit Zeugen oder Mitschuldigen zu fürchten ist." Es erklärt also, was den letzteren Grund betrifft, um eine Haft zu erkennen, keineswegs schon die bloße Möglichkeit von Kollusionen mit Zeugen für hinreichend, sondern verlangt, daß nach der Lage der Sache solche, dem Zwecke der Untersuchung nachtheilige, Kollusionen wirklich zu fürchten sind. Die Besorgniß einer Kollusion mit dem Ehegatten des Angeschuldigten erfüllt hiernach diese Voraussetzungen nicht, da Ehegatten Angeschuldigter sich jeden Zeugnisses entschlagen können und ein solches Zeugniß zu Gunsten eines Ehegatten jedenfalls verdächtig seyn würde.

Allein selbst wenn die gedachten Gründe von Anfang zutreffen sollten, so wird die Verhaftung zu Vermeidung von Kollusionen eine nicht begründete Maßregel, wenn sie für den Zweck zu spät ergriffen worden ist. Dieß trifft zu, wenn dem Angeschuldigten zwischen der That und dem entscheidenden Zeitpunkte Zeit und

[2] Stübel, Kriminalverfahren Bd. IV. §. 1929. Müller, im angef. Lehrb. §. 139, Nr. II. 2. Bauer, Strafprozeß, §. 75, Nr. 2. Röllner, im Archiv des Kriminalrechts 1839, S. 539 ff., 542 ff.

Digitized by Google

Gelegenheit gegeben gewesen ist, mit den betreffenden Personen sich zu verständigen (und es hat das Gutachten im speziellen Falle einen Zwischenraum von 6 Tagen schon für hinreichend erachtet, solchen Einfluß zu üben). Daß denkbarer Weise Dritte Zeugen der That gewesen seyn könnten, gehört in das Reich bloßer Möglichkeiten und und kann ebendarum eine Befugniß zur Verhaftung nicht erzeugen.

Ueberhaupt ist eine Kollusion mit Zeugen ein Schritt, den ein Angeschuldigter nur unter ganz besondern Verhältnissen wagen wird, denn er setzt sich dadurch besondern Gefahren aus, da in der Regel in einer solchen Kollusion der Versuch eines schweren Verbrechens liegen wird. Eine Kollusion mit Zeugen, von welcher man eine Vereitlung des Zwecks der Untersuchung zu besorgen hat, kann nur den Zweck haben, die Zeugen zu einer unwahren Aussage zu verleiten, und jeder Angeschuldigte, wenigstens ein Angeschuldigter, welcher auf keiner ganz niedrigen Bildungsstufe steht, wird wissen, daß, wenn die Aussage der Zeugen überhaupt als eine gewichtige erkannt wird, die Zeugen zur Beschwörung der Aussage angehalten werden; eine solche Kollusion wird also in der Regel darauf hinaus gehen, die Zeugen zu einem Meineide zu verleiten. Um aber eine solche Kollusion von einem Angeschuldigten zu besorgen, dazu müssen besondere Gründe vorhanden seyn, die theils in seiner Persönlichkeit, theils in dem Verbrechen, dessen er angeschuldigt wird, liegen.

Der Umstand, daß das Verbrechen, von welchem es sich handelt, ein verhältnißmäßig geringes ist,[3] und ein guter Leumund des Angeschuldigten sind deßhalb, wo nicht ganz besondere Gründe ein anderes erheischen, in der Regel ein Hinderniß, vorläufige Haft anzuordnen.

[3] Im gegebenen Falle ist als Strafmaximum 1 Jahr Freiheitsstrafe in das Auge gefaßt worden.

Digitized by Google

3) Inzwischen reicht nach allgemeinen Grundsätzen der Umstand, daß Derjenige, gegen welchen eine Denunziation erhoben, der Flucht verdächtig oder von ihm zu besorgen ist, er werde den Zweck des Verfahrens durch Kollusionen vereiteln, noch keineswegs hin, um über ihn eine Haft zu verhängen.

Diese Umstände sind nur dann ein genügender Grund zur Verhaftung, wenn noch eine ganz andere wesentliche Voraussetzung hinzukommt. Es muß wenigstens wahrscheinlich seyn, daß der objektive Thatbestand eines Verbrechens vorliegt und ein solcher Verdacht gegen den Denunziaten, des Verbrechens sich schuldig gemacht zu haben, vorliegen, durch welchen die Versetzung desselben in den Anschuldigungsstand begründet würde. Es müssen somit Gründe konstatirt seyn, aus welchen die Wahrscheinlichkeit eines vorgefallenen Verbrechens und der Schuld des Denunciaten hervorgeht. Nur ausnahmsweise läßt sich auch bei einem entfernteren Verdachte die Verhaftung des Verdächtigen rechtfertigen, aber diese Ausnahmen können sich blos auf, in der Persönlichkeit des Verdächtigen oder in der Art des Verbrechens liegende Momente stützen.

Daß eine vom Richter zu verhängende Verhaftung an die eben angeführte wesentliche Voraussetzung gebunden sey, ist allgemein zugegeben,[4] und wird von den neueren Strafgesetzgebungen und namentlich auch, wie nachher gezeigt werden soll, von der württembergischen, bestimmt festgesetzt.

Es kann deßhalb bei dem Vorwurfe der Körperverletzung (einen solchen Fall hatte das Gutachten zu

---

[4] Man vergleiche nur z. B. Grohman, Grundsätze des Strafr. 4. Ausg. §. 535 (vrgl. auch §. 483 Note a.) Feuerbach, Lehrbuch des peinl. Rechts §. 524. Stübel, Kriminalverfahren Bd. IV. §. 1753. Mittermaier, Strafverfahren, Bd. 1, §. 73 Nr. II. Müller, a. a. O. §. 138. 139.

Digitized by Google

behandeln) einerseits zu einem derartigen Vorschreiten an dem Vorhandenseyn von Verletzungen nicht genügen, sondern es bedarf dazu insbesondere auch des erforderlichen Grads von Nachweisung über den Kausalzusammenhang solcher äußeren Erscheinungen mit widerrechtlichen Handlungen des Angeschuldigten.

Eine Denunziation allein kann zu einer solchen Maßregel nicht berechtigen, wo Behauptung gegen Behauptung steht, am wenigsten wenn die Anklage gegen gutbeleumundete und darum glaubwürdige Personen von Jemanden ausgeht, dem diese Vorzüge mangeln und deren Wahrheitsliebe eben darum wenig vertraut werden kann. In solchen Fällen ist es deßhalb die erste und nächststehende Pflicht des Gerichts, die Glaubwürdigkeit des Angeschuldigten und die Glaubwürdigkeit des Denunzianten zu prüfen und darüber die nöthige Auskunft sich zu verschaffen.

Auf dasselbe Resultat führt ganz entschieden

4) das Württembergische Recht. Dies unterscheidet zwischen Verhaftung eines Verdächtigen, gegen welchen bereits auf Versetzung in den Anschuldigungsstand erkannt worden, und Verhaftung eines Solchen, der noch nicht in Anschuldigungsstand versetzt ist. Die erstere muß in der Regel eine gerichtliche seyn. (St.-P.-O., Art. 155, Abs. 2). Die Haft, welche gegen einen noch nicht in Anschuldigungsstand Versetzten erkannt werden kann und in einigen Fällen muß, ist stets eine vorläufige Haft. (St.-P.-O. Art. 154, 155, Abs. 1, 3). Eine solche Haft ist nach württembergischem Recht, von welcher Art von Verbrechen es sich auch handeln mag, nur dann zulässig, wenn gegen die betreffende Person ein so starker Verdacht vorliegt, daß dadurch ihre Versetzung in den Anschuldigungsstand gerechtfertigt würde und dabei noch die Voraussetzungen des Art. 151, Abs. 1 vorliegen, d. h. Flucht des Verdächtigen zu besorgen, oder nach Lage der Sache

Digitized by Google

die Vereitlung des Zwecks der Untersuchung durch Verabredung mit Zeugen oder Mitschuldigen zu fürchten ist, und es sind von dieser Regel nur Ausnahmen zugelassen,

a) wenn der Verdächtige wegen gleichen oder ähnlichen Verbrechens schon bestraft oder von der Instanz entbunden worden ist;

b) wenn aus seiner früheren Aufführung oder Lebensart Gründe hervorgehen, welche zur Unterstützung des gegen ihn vorliegenden Verdachtes dienen;

c) wenn die Theilnehmer an einem Auflaufe oder einem Raufhandel, wobei schwerere Verbrechen verübt worden sind, nicht sogleich ausgemittelt werden können.

Den zur Versetzung in den Anschuldigungsstand hinreichenden Verdacht bestimmt die St.-P.-O. Art. 77 dahin: es müssen durch die Voruntersuchung hinreichende Gründe für die Wahrscheinlichkeit zu den Akten gebracht seyn, daß

1) die strafbare That geschehen ist, und daß

2) jene Person sich derselben als Urheber oder Theilnehmer schuldig gemacht hat.

Die hinreichenden Gründe für die Wahrscheinlichkeit der Schuld, welche die St.-P.-O. zur Versetzung in den Anschuldigungsstand, also auch in der Regel zur Zulässigkeit einer vorläufigen Haft durch die Voruntersuchung erhoben verlangt, macht Art. 78 sofort namhaft; er bezeichnet als solche: Bekenntnisse der betreffenden Person, glaubwürdige Aussagen von Zeugen oder Angebern wider die Person über die That selbst, „und gehörig erwiesene Thatsachen, welche in solcher Beziehung zu der Person stehen, daß ein begründeter Verdacht der Schuld der letzteren aus solchen hervorgeht."

So weit das Gutachten in seinen wesentlichen Theilen. — Der Einsender erlaubt sich hinzuzufügen:

Die Art. 156 ff. der St.-P.-O. haben zu besserem Schutze der persönlichen Freiheit gegen Mißgriffe angeordnet, daß der Bezirksrichter spätestens nach 8 Tagen

Digitized by Google

das Bezirksgericht von der getroffenen Maßregel unter Anführung seiner Gründe in Kenntniß zu setzen habe und diesem es sodann obliege, nach sorgfältiger Prüfung dieser Gründe die Beharrung oder die Aufhebung dieser Haft zu beschließen. Daß eine Frist von 8 Tagen, mögen Verhältnisse bestehen, welche da wollen, als äußerster Termin für eine solche Prüfung und Beschlußfassung gegeben ist, bekundet den Willen des Gesetzgebers, daß mit dieser Prüfung nicht gezögert werde, mit andern Worten: er legt dem Richter die Pflicht auf, diese sorgfältige Prüfung und Entscheidung des Bezirksgerichtes über seine alleinige Verfügung so bald als möglich eintreten zu lassen und wird ihm dazu doppelte Aufforderung in Fällen gegeben seyn, in welchen der mit der Maßregel Bedrohte sich durch dieselbe gekränkt findet oder die Seinigen dagegen reklamiren. Soll die Verhaftung am Gerichtssitze ausgeführt werden, so fehlen hier in der Regel nicht die nöthigen Personen, welche ein besetztes Gericht erfordert, es wird nur selten Schwierigkeiten haben, die mit der Untersuchung beschäftigten Männer auf die nöthige Zahl schnell zu ergänzen, und bis eine solche Verhandlung und Erwägung stattgefunden haben wird, nicht an Mitteln fehlen, anderweitige Einleitungen zu treffen, daß in der kurzen Zwischenzeit keine Kollusion stattfinden könne. Nur Konsequenz des Gesagten wird deßhalb die Behauptung seyn, daß der Geist des angeführten Gesetzes es heischt, daß, wo die Verhältnisse es irgend gestatten, als Regel die Haft mit ihren unausweichlichen äußeren und inneren Härten (das so drückende Abführen in das Gefängniß über öffentliche Straßen namentlich) nicht zum Vollzug gebracht wird, ehe das besagte Gericht sein Verdikt über die Ansicht des Bezirksrichters ausgesprochen hat. Es liegt dies auch schon in der Natur der Sache, da die vorläufige Verhaftung eines blos Verdächtigen oder gar nur Verdächtigten selbst auf die Gefahr hin, daß ein Unschuldiger

Digitized by Google

davon betroffen werde, überhaupt nur ein Nothmittel ist. Dieser Charakter und das Bedürfniß der raschen Ausführung einer solchen Maßregel, wenn ihr Zweck erreicht werden soll, bringen es mit sich, daß sie trotz ihrer einschneidenden Wirkung zunächst in die alleinige Entschließung des einzelnen Bezirksrichters gegeben ist, unter Vorbehalt einer nachträglichen Prüfung durch das besagte Gericht. Allein wie mit dem Wegfall der Nothwendigkeit auch die Bedingung der Zulässigkeit einer vorläufigen Haft fällt, so wird nicht minder mit dem mangelnden Bedürfnisse anderer Behandlung für den zu erreichenden Zweck jeder Grund hinwegfallen, den Betheiligten des größeren Schutzes zu berauben, welchen die Behandlung solcher Fragen vor einem besetzten Gerichte gewähren, und, ob der Buchstabe des Gesetzes es ausdrücklich gebietet oder nicht, Gerechtigkeit und Humanität demnach gebieterisch fordern, eine solche harte, nicht wieder ungeschehen zu machende, Maßregel ohne Noth nicht eintreten zu lassen, es hätte denn zuvor das aus zwei gelehrten Richtern und wenigstens drei stimmberechtigten Männern aus dem Volke bestehende besetzte Gericht die Gründe des Bezirksrichters für Verhängung vorläufiger Haft als triftig und genügend erkannt.

---

8) Zur Beleuchtung des Sportelwesens in Ehesachen.

(Von Herrn Pfarrer Süskind in Darmsheim.)

Obwohl seit dem allgemeinen Sportelgesetz vom 23. Juni 1828 (R.-Bl. S. 483) die Sportelabgaben in Folge der Gesetze vom 18. Mai 1842 (R.-Bl. S. 300) und vom 3. Februar 1852 (R.-Bl. S. 35) beträchtlich vermindert worden sind, so bestehen gleichwohl noch so viele derselben, daß es sich wohl rechtfertigen wird, wenn ein weiterer Beitrag zur Beleuchtung dieser Verhältnisse gegeben wird.

Digitized by Google

§. 1. Geschichtliches.

Die von dem Erzbischof Theodor von Canterbury,[1] Egbert von York im 8. Jahrhundert, von Bischof Halitgar von Cambray im Anfang des 9. Jahrhunderts entworfenen Anweisungen für die Verwaltung der Kirchenbuße sollten dazu dienen, die alten Kirchengesetze über das Bußwesen auf die neuen Verhältnisse und Sitten anzuwenden. Nun war man damals besonders an Geldbußen gewöhnt, welche auch in die Rechtsverfassung aufgenommen worden, so daß man sich von den Strafen, die einen Diebstahl, Mord trafen, durch eine bestimmte Geldbuße loskaufen, sich mit denen, gegen welche man ein Unrecht begangen hatte, oder den Verwandten des Ermordeten durch eine Geldbuße, compositio,[2] abfinden konnte. An diese Sitte schloß man sich auch mit der Anordnung der Kirchenbuße an, und und es wurde eine solche compositio in die Zahl der Kirchenstrafen aufgenommen, oder denjenigen, welche gewisse Arten von Kirchenbußen, denen sie sich nach den alten Kirchengesetzen hätten unterziehen sollen, nicht übernehmen konnten, gestattete man, dieselben mit einer verhältnißmäßigen bestimmten Geldbuße zu vertauschen, und dieß von ihnen entrichtete Geld sollte als Almosen für Arme, zur Loskaufung der Gefangenen oder zur Bestreitung der Kosten des Gottesdienstes angewendet werden.

Die Taxen und Sporteln waren demnach ursprünglich nichts Anderes, als Vertauschung bisher übli-

---

[1] Verfasser des ersten ausführlichen poenitentiale, von Jac. Petit mit Abhandlungen und Anmerkungen erläutert, aber unvollständig herausgegeben. Paris, 1679. Nach diesem Vorgang wurden Bußbücher in Menge verfertigt. Spittler, Gesch. d. can. Rechts, S. 278.

[2] G. Contarini, Cardinal, † 1542, erklärt den Gebrauch der Compositionen, wonach man für die Verleihung selbst geistlicher Grade sich Geld zahlen lasse, für Simonie, die man für eine Art von Ketzerei halten könne. Ranke, röm. Päpste. S. 146.

Digitized by Google

cher Kirchenstrafen mit einer neuen, den Sitten der damaligen Zeit angemessenen.[3] In dem ganzen Zeitraum bis zur Reformation (1517) wurden aber die festgesetzten Sündentaxen immer mannigfaltiger, eine Einrichtung, welche der wahren Sittlichkeit äußerst nachtheilig war.[4] Der Mißbrauch, welcher damit getrieben wurde, ging so weit, daß bereits am Anfang des 9. Jahrhunderts die Kirchenversammlungen dem Unwesen steuern zu müssen glaubten. So erklärt sich das Conzilium zu Chalons (813) can. 38 auf merkwürdige Weise hierüber mit folgenden Worten: „quoad poenitentiae administrationem standum est antiquis canonibus, sacris literis, et ecclesiae usu, rejiciendique poenitentiales libri, quorum errores certi, et auctores incerti sunt; qui sane libri sunt causa mortis plurium, quia ob gravia peccata leves tantum poenitentias imponunt; quique proinde, quae prophetae locutio Ezech. 13, 18 est, cubitis pulvillos, capitibusque pulvinaria supponunt in omnium gratiam, ut animos pendant.[5]

Mit dem Zug, den die Dispensationsgesuche nach Rom nahmen, kam auch das Taxwesen daselbst in Aufnahme. Doch wurden anstatt der Sportelgelder oder Taxen oft auch andere Auflagen gemacht. So gestattete Nikolaus II. (1059—1061) dem Herzog Wilhelm II. von der Normandie eine gegen die kirchlichen Regeln verstoßende Ehe unter der Bedingung, daß zwei Klöster

---

[3] Neander, K.-G. Bd. 3 S. 275, Bd. 7 S. 103. Gen.-Resc. vom 31. Januar 1795 (Reyscher, G.-G. Bd. 3 S. 699), betr. die Verwandlung der Kirchenbuße in Geldstrafen.

[4] Cramer in der vierten Fortsetzung von Bossuet's Einleitung in die Geschichte der Welt und der Religion. S. 366. Dallaei: de poenis et satisfactionibus humanis. Amstel. 1649. Reinhard, christliche Moral. S. 42.

[5] Reinhard, christl. Mor. S. 44. Raumer, Hohenst. Bd. 6, S. 162, 183.

Digitized by Google

erbaut würden.[6] Das eigentliche Taxsystem bildete sich aber schon frühe sehr vollständig aus. Jede Art von Schrift, Bulle, Urkunde, welche von der römischen Kirche ausgefertigt wurde, hatte ihre bestimmte Taxe. Bullae pretium taxatum.[7] So erschienen die taxae cancellariae apostolicae et taxae sanctae poenitentiariae unter Johannes XXII. (1316—1334) auf's Neue 1514 bei Marcellus Alber in Rom, 1515 bei Golino Golini in Cölln, 1520 in Paris.[8]

Die Taxen selbst sind folgende: 1) ex nobilibus; 2) ex honestis personis sine infamia; 3) in forma pauperum oder ex pauperibus et miserabilibus personis, wozu auch die personae honestae kommen, wenn causa stupri vorliegt; 4) gratis et officio.[9] Eine einfache Disp.-Bulle wurde in der Regel mit 3 bis 4 Gulden, aber auch mit 60 bis 70 Gulden bezahlt, wenn die Fälle wichtig waren.[10]

Da Papst Hadrian VI. (1522—1523) eine Veränderung in der Ehedispensation zu treffen und einige seitherige Verbote aufzuheben beabsichtigte, so stellte man ihm vor, daß die Kirchendisziplin dadurch würde verletzt und geschwächt werden.[11] Der Papst Paul IV. (1555—1559) wollte aber von dem Ertrag der Ehedispensationen nichts mehr wissen. Ebenso Pius V. (1566—1572).[12] Wikliffe (1324—1384) beantragte

---

[6] Thomass, eccl. disc. II. 3. 27. pag. 328.

[7] Raumer, Gesch. d. Hohenst. Bd. 6 S. 161.

[8] Lebret, Mag. d. Staats- u. Kirchengeschichte. Bd. 2 S. 606, Bd. 3 S. 3, 73. Walter, K.-R. §§. 125, 196. Gaerttner, corp. jur. eccl. II. S. 457. Raumer, hist. Tasch. Bd. 4 S. 77. Tractatus tractatuum. Ven. 1584. 5. tract. universi juris, duce et auspice Gregorio XIII. pontifice maximo, in unum congesti. Tom. XV. pars 1. taxae cancellariae camerae apostolicae. Cyprian, hist. conf. aug. 13.

[9] Richter, K.-R. §. 85. S. 262. Henke, K.-G. Bd. 3 §. 2. Pertsch, Hist. d. can. Rechts. S. 384.

[10] Raumer, hist. Tasch. Bd. 4 S. 132.

[11] Ranke, röm. Päpste. Bd. 1 S. 95.

[12] Ranke, ebendas. S. 303.

Digitized by Google

in einer Schrift an das englische Parlament, „daß das Geld des Reiches weder an die Curie zu Rom, noch zu Avignon, noch an irgend eine ausländische Behörde gesandt werden solle, wenn nicht bewiesen werde, daß man dazu aus der heiligen Schrift verpflichtet seye.[13] Joseph II. (1780—1790) sah die päpstliche Dispensation wie ausländische Waare an und wollte kein Geld dafür aus dem Lande gehen lassen. Er erklärte sich öffentlich für den Administrator der Weltlichkeit der Kirche.[14]

§. 2. Die württembergischen Taxordnungen.

Schon unter Herzog Ulrich (1498—1550) soll über Vervielfältigung und Steigerung der Kanzlei- und Gerichtstaxen geklagt worden seyn.[15] Ueber die ältere Beschaffenheit der gerichtlichen Sporteln, Leg- oder Gerichtsgelder geben die III. Hofger.-Ord. vom 26. April 1557[16] und das II. L.-R. vom 1. Juli 1567[17] Auskunft. Hienach scheinen sich jene Kanzleitaxen und Kanzleigefälle allmälig aus den Rentkammerrechnungen verloren und in ein Accidenz der Kanzleibeamten umgestaltet zu haben. — Für das Amt Schmiedelfeld soll durch den Grafen und Schenken Vollrath schon unter dem 3. Januar 1691 eine Taxordnung gegeben worden seyn. Bei der obersten Landesbehörde, der Kanzlei, wurden in dem ganzen Zeitraum vom 13. bis 16. Jahrhundert Taxen nach unbekannten Normen geschaffen, welche Angehörigen der Kanzlei nach einem bestimmten Vertheilungsmaßstab als Einkommenstheil zufielen, und vielfach Beschwerden bei den Unterthanen hervorriefen. Der Tübinger Nebenabschied vom 8. Juli 1514[18] sagte in dieser Beziehung

[13] Neander, K.-G. Bd. 6 S. 303.
[14] Ranke, röm. Päpste. Bd. 3 S. 202.
[15] Reyscher, Fz.-G. Bd. II. 2. Einl. §. 53.
[16] Reyscher, G.-G. Bd. 1 S. 119. 137.
[17] Reyscher, G.-G. Bd. 1 S. 212. 225. 255.
[18] Reyscher, St.-Gr.-G. Bd. 1 S. 274. Bd. 2 S. 49.

Digitized by Google

Abhilfe zu.[19] Werden die Aemter auf Sporteln angewiesen, so kann dieß den Gang der Justiz und Administration nicht anders als hemmen.[20]

Nach der am 15. Juli 1709[21] erschienenen ersten Taxordnung sollte in Folge der jüngst vorgenommenen Hof- und Kanzlei-Reduktion der bis dahin „von Unsern secretariis und andern Kanzleibedienten genossenen Tax nach Gewohnheit anderer Reichskanzleien" für die herzogliche Rentkammer eingezogen werden, um solchen „zur Besoldung Unserer Kanzleibedienten verwenden zu lassen."[22] Es wird hier erstmals gezeigt, wie nach Goldgulden gerechnet und wie die neben der Taxe zu erhebende Schreibgebühr angesetzt werden solle. Ein Goldgulden wurde zu 3 fl. 10 kr. berechnet, dazu 6 kr. Schreibgebühr auf den Gulden geschlagen = 3 fl. 29 kr.[23]

Die Taxtabelle von 1709[24] enthält für Ehesachen folgende Ansätze: pro concessione veniae aetatis 1 Goldgulden, für eine ausgefallene Urthel 1 G.g., pro rescripto, so vim definitivae hat 1 G.g., pro dispensatione in gradu prohibito 2 G.g., pro edictali citatione 1 G.g., pro simplici citatione zum Ehegericht $^1/_4$ G.g, von schriftlichen wichtigen Verträgen in Ehesachen 1 bis 2 G.g., für ein toleramus 2 G.g., für ein Kommissionsreskript, Zeugen zu verhören, $^1/_4$ G.g., pro dispensatione temporis luctus 2 G.g., pro dispensatione proclamationis 2 G.g., pro dispensatione copulae extra urbem 2 G.g., pro dispensatione copulae ohne beigebrachtes Mannsrecht 2 G.g., pro dispensatione copulae in verbotener Zeit 2 G.g.,

---

[19] Reyscher, G.-G. Bd. 1 S. 2. Einl. S. XVI.

[20] Ranke, röm. Päpste. Bd. 1 S. 467.

[21] Reyscher, Fz.-G. Bd. II. 1. S. 329.

[22] Reyscher, Fz.-G. Bd. II. 2. Einl. §. 53. Bd. II. 1. S. 330. Bd. III. 1. S. XXXVI.

[23] Reyscher, Fz.-G. Bd. II. 2. Einl. §. 53. Bd. II. 1. S. 333, 409.

[24] Reyscher, Fz.-G. Bd. II. 1. S. 335.

Digitized by Google

pro dispensatione copulae mit einer widriger Religion zugethanen Person 2 G.g. (NB. bei nebenstehenden casibus ist nach ergebenden Umständen und Motiven auch ein Wenigeres anzusetzen), pro dispensatione copulae in aedibus privatis 3 bis 4 G.g. oder mehr, concessiones ad altera vota zu schreiten 1 G.g, rescripta cassatoria et annulatoria 1 G.g., für einen Kompaßbrief an fremden Orten Zeugen zu verhören 1 G.g., auch da Einer auf württembergischem Boden betroffen, welcher in Ehesachen vergelübdet werden müßte, mit seiner Gegenpartei vor Eherichtern und Räthen seine Sache auszutragen 1 G.g.

Die zweite Taxordnung erschien am 3. April 1730[25] und führte die erste weiter aus. Besonders drückend und corrumpirend wirkte in diesem Zeitraum unter Herzog Karl Alexander (1733—1737) das von dem Juden Süß Oppenheimer errichtete Gratialamt, wobei mit Dispensationen aller Art ein trauriger Handel getrieben wurde.[26] Es wurden geradezu alle Gnadensachen um's Geld an den Meistbietenden verkauft.[27] Wieder aufgehoben wurde dieses Gratialamt durch den Landt.-Absch. vom 18. April 1739 §. 27.[28]

Die Taxtabelle von 1730[29] gibt folgende Ansätze: pro concessione veniae aetatis 1 bis 4 Goldgulden, für eine ausgefallene Urthel 1 G.g., pro rescripto sovim definitivae hat 1 G.g., pro dispensatione in gradu prohibito: in secundo gradu consanguinitatis lineae aequalis 4 bis 6 G.g. und mehr, in secundo gradu affinitatis 3 bis 4 G.g., in tertio gradu consanguinitatis lineae inaequalis 3 bis 4 G.g., in tertio gradu consanguinitatis

---

[25] Reyscher, Fz.-G. Bd. II. 1. S. 409. Hartmann, E.-G. S. 419.

[26] Wächter, Pr.-R. Bd. 1 S. 365. Pfaff, Gesch. Württ. Bd. 2 S. 405. Dizinger, Beitr. z. Gesch. Württemb. Bd. 1 S. 32.

[27] Moser, patriot. Archiv Bd. 1 S. 118.

[28] Reyscher, St.-Gr.-G. Bd. 2 S. 529.

[29] Reyscher, Fz.-G. Bd. II. 1. S. 417.

Digitized by Google

lineae aequalis et affinitatis 2 bis 3 G.g., pro edictali citatione 1 G.g., pro simplici citatione $^1/_4$ G.g., von schriftlichen Verträgen in Ehesachen 1 bis 2 G.g., für ein toleramus 2 G.g., welche von dem schuldhaften Theil ganz, oder wo beide Theile schuldig, von jedem die Hälfte zu bezahlen, für ein Kommissionsrescript, Zeugen zu verhören $^1/_4$ G.g., pro dispensatione temporis luctus bei Reichen, so ex causis non necessariis darum ansuchen, 3 bis 4 G.g., bei Armen 1 G.g., wenn es nur auf etliche Wochen ankommt $^1/_2$ G.g., pro dispensatione proclamationis 2 G.g., pro dispensatione copulae extra urbem, nach Beschaffenheit der supplizirenden Person und ihres Vermögens 2 bis 4 G.g., pro dispensatione copulae ohne beigebrachtes Mannrecht 2 G.g., bei Armen nach Befinden $1^1/_2$ G.g., pro dispensatione copulae in verbotener Zeit 3 bis 4 G.g., pro dispensatione copulae mit einer widriger Religion zugethanen Person 2 G.g., bei Armen $1^1/_2$ G.g., pro dispensatione copulae in aedibus privatis 20 bis 40 Rthlr. dazu auch, wenn Jemand dergleichen Copulation ohne Erlaubniß vornimmt, noch 10 bis 20 Rthlr. addirt und unnachläßig eingezogen werden sollen, concessiones ad altera vota zu schreiten 1 G.g, rescripta cassatoria 1 G.g., rescripta annullatoria 1 G.g., für einen Kompaßbrief an fremden Orten Zeugen zu verhören 1 G.g., da Einer auf württembergischem Boden betroffen, welcher in Ehesachen verglübdet werden müßte, mit seiner Gegenpartei vor Eherichtern und Räthen allhier seine Sache auszutragen 1 G.g., pro interlocutoria bei dem Ehegericht $^1/_2$ bis $^1/_4$ G.g., pro cassatione sponsaliorum ex officio a parte nocente 1 G.g., wenn aber beide Theile consentiren ab utraque parte 1 G.g., pro remissione der Kirchenpönitenz 6 G.g., pro mutatione in eine Geldstrafe, oder dieselbe in der Sakristei erstehen zu dürfen 4 G.g., pro dispensatione bei dem Ehegericht nicht in Person, außer Krankheit und dergleichen erscheinen zu dürfen, 2 bis 4 G.g.; in casibus non expressis ist

Digitized by Google

es zu halten, wie bei den Regierungsrathsexpeditionen. Angehängt ist eine Resolvirungstabelle, worin gezeigt wird, wie viel Tare und wie viel Schreibgebühr von 1 bis 500 fl. zu entrichten ist.

Durch Generalrescript vom 3. November 1804 wurde ein eigenes aus mehreren Mitgliedern bestehendes Obertaxamt niedergesetzt und demselben alle Gegenstände des Taxwesens, sie betreffen den rechtlichen Theil oder das Kassen- und Rechnungswesen desselben, zur Besorgung übertragen; und unter dem 9. April 1805 noch weiter verfügt, daß die bis dahin bei den Geheimeraths-, Regierungs-, Rentkammer- und Kirchenrathskollegien bestandenen besonderen Taxkassen aufgehoben und sämmtliche Taxgelder der Generalkasse zur unmittelbaren Verrechnung gegeben werden sollen, zu welchem Behuf die Beamten alle Jahre ihre Rechnungen übergeben, und sich vierteljährlich mit der Generalkasse vergleichen sollen.[30]

Unter dem 14. November 1808[31] wurde eine dritte Stempel- und Taxordnung erlassen. Beiderlei Abgaben wurden mit einander in Verbindung gesetzt[32] und zu den Taxen kamen noch weiter ein Gradationsstempel von 15 bis 36 kr. und eine Schreibgebühr von 6 kr. auf jeden Gulden des Taxansatzes. Auch wurde ein Unterschied zwischen evangelischen und katholischen Unterthanen gemacht, indem nur jene den vollen, diese aber den halben Tax entrichten mußten.[33]

Die vierte Taxordnung bildet das allgemeine Sportelgesetz vom 23. Juni 1828[34] mit der Instruktion vom 21. Februar 1829.[35] Die in den verschiedenen

---

[30] Reyscher, Fz.-G. Bd. III. 1. Einl. S. XLIV.

[31] Reg.-Bl. von 1808 Beil. zu Nr. 12. Reyscher, Fz.-G. Bd. II. 1. S. 873.

[32] Reyscher, Fz.-G. Bd. II. 2. Einl. §. 53.

[33] Reyscher, G.-G. Bd. 3 S. 745.

[34] R.-Bl. S. 483.

[35] R.-Bl. von 1829 S. 74.

Digitized by Google

Zweigen der Staatsverwaltung eingetretenen Veränderungen machten nämlich eine Revision der Gesetze über die Tax- und Stempelabgaben nothwendig, bei welcher zugleich eine Vereinigung der bisher unter verschiedenen Titeln erhobenen Abgaben als zweckmäßig erschien. Dieses Gesetz trat somit an die Stelle

1) der Stempel- und Taxordnung vom 14. November 1808,[36]

2) der K. Verordnung vom 1. Februar 1817, die provisorische Einführung einer verbesserten Einrichtung des Stempelwesens betreffend,[37]

3) des V. Edikts vom 31. Dezember 1818 §. 30, A. III. B. C.[38]

4) des Gesetzes vom 26. Juni 1821, §. 23, über die Gerichtssporteln,[39]

5) des Generalrescripts vom 31. Juli 1806, §. 4, die Bestrafung der fleischlichen Vergehen betreffend,[40]

6) der Generalverordnung vom 11. Februar 1810, §. 13, die Einrichtung der Waisen-, Zucht- und Irrenhausanstalten betreffend;[41] den Waisenhäusern war nämlich durch Generalrescript vom 5. Mai 1712[42] unter andern Einkünften der vierte Theil des anzusetzenden Opfers bei Ehedispensationen angewiesen worden.

7) der K. Verordnung, die Vollziehung des Gerichtsnotariatsedikts betreffend vom 24. Mai 1826, §§. 50—53, 55, 59, 61, 91, 92.[43]

Indessen sind auch in dem allgemeinen Sportelgesetz von 1828 mehrere Veränderungen eingetreten:

---

[36] R.-Bl. von 1808 Beil. Reyscher, Fz.-G. Bd. II. 1. S. 873.
[37] R.-Bl. von 1817 S. 58.
[38] R.-Bl. von 1818 Beil. Reyscher, G.-G. Bd. IV. 1. S. 791.
[39] R.-Bl. von 1821 S. 349.
[40] R.-Bl. von 1806 S. 99. Reyscher, G.-G. Bd. IV. 1. S. 42.
[41] R.-Bl. v. 1810 S. 57.
[42] Reyscher, R.-G. Bd. 2 S. 914 Note.
[43] R.-Bl. von 1826 S. 275.

Digitized by Google

a) durch Gesetz vom 22. Juli 1836, Art. 6,[44] Ministerialverfügung vom 15. August 1836,[45] Gesetz vom 4. Juli 1842, Art. 35,[46] hinsichtlich der Dispensationsertheilungen in nicht namentlich ausgedrückten Fällen (1 fl. 30 kr.);

b) durch Gesetz vom 18. Mai 1842,[47] Art. 1 in Betreff der Dispensation von der Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft im dritten Grad gleicher und ungleicher Linie, und Artikel 2 in Betreff der Aufhebung von Eheverlöbnissen. Die letztere Abänderung erfolgte deßwegen, weil der Tarif auf die Unterthanen der verschiedenen Confessionen in so fern ungleich wirkte, als diese in ihren Eheverboten und Ehegesetzen nicht übereinstimmen. Sofern ein Unterschied in Ehedispensationen unter den ehemals reichsständischen und reichsritterschaftlichen, auch österreichischen Unterthanen besteht, sind auch die Taxen unter diesen verschieden und begründen eine Rechtsungleichheit;[48]

c) Ob.-Trib.-Beschl. vom 1. Juli 1848,[49] betreffend die Aufhebung der Sportel zu Proklamirung während der Trauerzeit;

d) durch Gesetz vom 3. Februar 1852, betreffend die Aufhebung einiger Arten von Sporteln für Dispensation in Ehesachen.[50] Hiedurch sind weggefallen die Sporteln für Dispensation im ersten Grade der Schwägerschaft (30 fl.), im zweiten Grade der Blutsverwandtschaft gleicher Linie (20 fl.), ungleicher Linie (30 fl.), im zweiten Grade der Schwägerschaft gleicher Linie (15 fl.), ungleicher Linie (25 fl.); ferner für die Erlaubniß zur

---

[44] R.-Bl. von 1836 S. 299.
[45] R.-Bl. von 1836 S. 363.
[46] R.-Bl. S. 376.
[47] R.-Bl. von 1842 S. 300.
[48] Verh. der Kamm. der Abg. v. 1827. III. S. 796.
[49] R.-Bl. Ergbd. v. 1852 S. 56.
[50] R.-Bl. von 1852 S. 35.

Digitized by Google

Vornahme der Trauung außerhalb des Geburts- oder Wohnorts, zu welchem eines der Verlobten gehört; für die Gestattung des Aufgebots in der geschlossenen Zeit; für die Erlaubniß zur Trauung in der geschlossenen Zeit.

e) Durch Ministerialverfügung vom 23. Mai 1853[51] betreffend die Aufhebung des gebotenen Kirchenopfers bei Verwandtschafts- und Schwägerschaftsdispensationen (1 fl. 30 kr.),

f) durch Gesetz vom 1. Mai 1855[52] betreffend einige Abänderungen des bestehenden Eherechts, wonach es (Art. 18) hinsichtlich der Sporteln bei den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen sein Verbleiben hat, für den Civilakt aber (Art. 19) eine Sportel von 5 bis 10 fl. eingeführt wird.

Hienach hat dieser Sporteltarif von 1828 an so viele Abänderungen und Aufhebungen erfahren, daß derselbe wohl einer Revision und Vereinfachung in neuer Ausgabe bedürfte, bei welcher Gelegenheit dann auch von den berührten Sporteln und Stempelansätzen mehrere auszumerzen und aufzuheben wären, mit deren Beschwernissen für die Verwaltung und für die Pflichtigen ihr Reinertrag im Mißverhältniß steht.[53]

Nach allen angegebenen Aenderungen bestehen gegenwärtig noch folgende ehegerichtliche Sportelansätze:[54] Für die Ergänzung der elterlichen Einwilligung 8 fl., für Dispensation von der Altersungleichheit 30 fl., vom dreimaligen Aufgebot 20 fl., vom zwei-

---

[51] R.-Bl. S. 141 E.-G.-O. v. 30. April 1687 II. 8. §. 4. Reyscher, G.-G. Bd. 3 S. 112. Sarwey, Monatschr. Bd. 19 S. 151.

[52] R.-Bl. S. 97.

[53] Herdegen, Württ. Staatshaush. S. 367.

[54] Ich verweise auf Handb. d. württ. E.-G. Bd. 2 S. 165 ff., woselbst sich ein durchaus genaues Ehesportelverzeichniß mit Angabe der dispensirenden Behörde findet, und worin die Irrthümer vermieden sind, welche sich in Kapff's Handb. d. Amtsführung (1855), Hauber's R. und Br. Bd. 2 (1856) und Fecht's eheger. Gesch. (1860) eingeschlichen haben.

Digitized by Google

und dreimaligen 12 fl., vom dreimaligen allein 5 fl., für die Civiltrauung 5 bis 10 fl., für die Erlaubniß der Heirath des Ehebrechers mit der Ehebrecherin 20 fl., für die Erlaubniß zur Wiederverheirathung bei vorangegangener gerichtlicher Scheidung wegen Ehebruchs 20 fl., für das unbefugte Tragen des Ehrenkränzchens 10 fl., für die Haustrauung 40 fl. (die dispensirende Behörde ist bei Kapff, Hauber und Fecht unrichtig angegeben), für Dispensation von der Minderjährigkeit: bei standesherrlichen Familien 500 fl., vor zurückgelegtem 23. Jahr 20 bis 60 fl., vom 23. bis 45. Jahr 15 bis 45 fl., vom 24. bis 25. Jahr 10 bis 30 fl., für die Nichtigkeitserklärung einer Ehe 12 bis 20 fl., für die Befreiung von dem persönlichen Erscheinen vor dem Ehegericht 18 fl., für die Scheidung einer Ehe 12 bis 20 fl., für die Dispensation von der Trauerzeit vor der zurückgelegten 18. Woche bei Wittwern 10 bis 30 fl., bei Wittwen 15 bis 40 fl., von der 18. bis 26. Woche 5 bis 20 fl., für die Trennung zu Tisch und Bett, toleramus, 6 bis 10 fl., im Fall der Scheidung wegen Verlassung 10 und 5 fl.[55]

§. 3. Begriffsbestimmung.

1) Sporteln[56] sind, dieß erhellt aus dem Bisherigen, diejenigen besonderen Abgaben, welche, neben allen anderen Steuern bestehend, durch eine bestimmte sichtbare Gegenleistung des Staats an den Einzelnen bedingt werden, von ganz zufälligen und individuellen Verhältnissen

---

[55] Vergl. hierüber Sarwey, Monatschr. Bd. 19 S. 144 ff.

[56] Sportula, Körbchen. Man pflegte bei den Römern unter die Clienten und andere geringere Personen, die man gern traktiren wollte, und doch in einem Hause nicht alle bewirthen konnte, zuweilen Essen auszutheilen. Das hieß „sportula", vermuthlich weil es für jeden in einem Körbchen war, ein Körbchen Essen für die Person. Daher Geschenk überhaupt, Sportel, ein dem Staat oder der Kirche für irgend eine bestimmte Gestattung dargebrachtes Geschenk.

Digitized by Google

dieses Einzelnen abhängen, nicht in regelmäßigen Perioden umgelegt werden, sondern bei dem jedesmaligen Eintreten der vorausbestimmten Fälle unvermeidlich zu entrichten sind. Sporteln sind somit keine Steuern im eigentlichen Sinn; welche in derjenigen Gattung von Abgaben bestehen, die die Staatsgenossen überhaupt oder gewisse Klassen derselben zur Erreichung des Staatszwecks im Allgemeinen, in bestimmter Periode oder in Fällen, welche in der Willkühr des Einzelnen liegen, zu entrichten haben.[57]

2) Die (ehegerichtlichen) Sporteln werden in der neueren Zeit als Abgaben bezeichnet, welche zur Erleichterung der Masse der Steuerpflichtigen zunächst diejenigen treffen sollen, die mit ihren Angelegenheiten die auf Kosten des Staats bestehenden Anstalten speziell in Anspruch nehmen, sowie diejenigen, welche sich den allgemeinen gesetzlichen Einrichtungen im Wege der Dispensation entziehen oder besondere Zugeständnisse von der Staatsregierung erhalten wollen.[58] Oder die Sporteln sind, nach ihrer Natur und ihrer Geschichte, in Württemberg eine öffentliche Abgabe, gegeben für die Benützung der verschiedenen Staatsbehörden, mit Einschluß der Gerichte.[59] Hienach werden Sporteln dann erhoben, wenn die Regierung einzelnen Staatsangehörigen Konzessionen auf ihr Anrufen und im Interesse derselben ertheilt, wozu nach den Gesetzen polizeiliche Kognition nöthig ist, — und wenn sie von allgemeinen Verwaltungsgesetzen im Einzelnen dispensirt.[60]

3) Im wissenschaftlichen Sinn bilden die Sporteln eine direkte Steuer, bei welcher die Staatsverwaltung, statt durch eine allgemeine Umlage auf eine Ausglei-

---

[57] Verh. der Kammer der Abg. v. 1835 IV S. 511. 512.

[58] Minist.-Vortr. v. 20. Dezember 1826. Verh. der K. d. Abg. v. 1826 II. S. 509.

[59] Sarwey, Monatschr. Bd. 19, S. 135.

[60] Verh. der K. d. Abg. v. 1828 Beil. III. S. 20.

Digitized by Google

chung zu rechnen, den Moment des Bedürfnisses und des Wechsels des Einzelnen benützt und zur Erleichterung der übrigen Steuerpflichtigen der besondere Fall mit einer Abgabe belegt.[61] Jedoch erscheint die Schließung und Auflösung einer Ehe nicht als ein Akt, bei welchem in der Gesetzgebung das Vermögen irgend einen Einfluß ausüben darf.[62]

§. 4. Eigenschaft der Taxen und Sporteln.

1) In der (III.) E-O. vom 30. April 1687 II. 16, §. 5, S. 127[63] findet sich für den Ehegerichtssekretarius eine Taxordnung, worin unterschieden wird: a) die Taxe zur Rentkammer; b) die Gebühr für den Sekretär; c) der Abtrag für den Schreibtisch.

2) Das ehegerichtliche Gutachten vom 19. August 1797[64] stellte die Behauptung auf, „es wird ein Leichtes seyn, historisch darzuthun, daß der herrschaftliche Tax an die Stelle der ehedem in Württemberg und noch gegenwärtig in vielen deutschen Territorien üblichen Sportelgeldern, Schreib- und Kanzlei-Gebühren getreten ist." Hiegegen sagt nun die landschaftliche Erklärung vom 11. Oktober 1797[65] Folgendes: „Die Rechtfertigung dieser neuen Taxen, daß sie nichts als Kanzleisporteln seyen, denen schon ein allgemeiner Gebrauch aller deutschen Kanzleien das Wort rede, vermag man nicht als überzeugend zu erkennen. Man hat es bisher für einen Vorzug des Württembergers anerkannt, daß er von Amts- und Kanzleisporteln frei sey. Würden die Taxen aus dem Sportelrecht hergeleitet, so wäre kein Grund vorhanden, warum nicht alle Kanzleierpeditionen, sondern nur der geringere Theil mit Sporteln belegt wären, und warum

[61] Ebendas. S. 22.
[62] Ebendas. S. 38.
[63] Reyscher, G.-G. Bd. 3 S. 133.
[64] Reyscher, G.-G. Bd. 3 S. 755.
[65] Reyscher, G.-G. Bd. 3 S. 755.

Digitized by Google

hernach dieser geringe Theil der zu bezahlenden Kanzleiresolutionen mit einer so hohen Sportel, wie die Kanzleitaxe eine ist, belegt wäre." Auch Herdegen[66] sagt: „Betrachtet man die gegenwärtig bestehenden Sporteln in Ehesachen aus dem Gesichtspunkt von Ersatzleistungen für besondere von den Staatsbürgern in Anspruch genommenen Akte der Verwaltung und der Gerichte, so erscheinen sie offenbar zu groß." Ebenso wurde bei der Berathung des allgemeinen Sportelgesetzes[67] geltend gemacht, „daß die Taxen eine Entschädigung dafür seyn sollen, daß die Behörden in Anspruch genommen werden für besondere Fälle und Vortheile, und daß man vielleicht die Verwaltung vereinfachen könnte, wenn solche Ansprüche nicht gemacht würden."[68]

3) Daß man aber seit geraumer Zeit in Württemberg die Taxen aus diesem Gesichtspunkt betrachtet hat, geht aus der Taxordnung vom 3. April 1730[69] hervor, welche eine Kanzleiexpedition voraussetzt, die vor Entrichtung der Taxe nicht habe ausgehändigt werden dürfen. Auch in der Tax- und Stempelordnung vom 14. November 1808, §. 34, 36, S. 14[70] heißt es, daß der Taxansatz in denjenigen Fällen stattfinde, in welchen er die Folge einer Expedition oder Verfügung der Behörde sey. Dieß hat auch bei den ehegerichtlichen Dispensationen gegolten, für deren jede einzelne Art eine besondere Taxe angesetzt ist.[71] Ebenso sagt die Instruktion vom 2. Mai 1831 §. 10[72]: „Insbesondere sind Bewilligungen, welche den Betheiligten von den Ober-

[66] Württ. Staatshaush. S. 366.

[67] Verh. d. K. d. Abg. v. 1828 Bd. 5 S. 1236.

[68] Verh. d. K. d. Abg. v. 1835 Bd. 4 S. 494.

[69] Reyscher, Fz.-G. Bd. II. 1. S. 409. Hartmann, E.-G. S. 419.

[70] Reyscher, Fz.-G. Bd. II. 1. S. 882.

[71] Obertr. 8. März 1831. Handschr.-Mitth.

[72] Reyscher, Fz.-G. Bd. III. 2. S. 1007.

Digitized by Google

amtsgerichten unmittelbar ertheilt oder eröffnet werden, wie z. B. Dispensationen in Ehesachen, nur gegen Entrichtung der Sporteln auszuschreiben oder zu verkündigen." Auch nach der Instruktion vom 21. Februar 1829, §. 8[73] muß die Erhebung sogleich bei der Eröffnung geschehen. Am deutlichsten spricht sich in dieser Beziehung das Sportelgesetz vom 23. Juni 1828, Art. 3,[74] in den Worten aus: „die Sporteln sind zu entrichten, sobald eine nachgesuchte Bewilligung ertheilt, ein Erkenntniß gefällt oder das Geschäft vollzogen ist, worauf das Gesetz die Sporteln legt." Art. 15:[75] „Der Ansatz der Sportel und die Bestimmung der Verbindlichkeit zu deren Entrichtung muß jederzeit auf einem Kollegialbeschlusse beruhen, und ist in allen Fällen in dem Erkenntnisse, in welcher Form dasselbe auch erlassen sey, auszudrücken."[76]

4) Das V. Edikt vom 31. Dezember 1818, §. 29,[77] hält sich an dieselbe Ansicht, wenn erklärt wird: „zur Erleichterung der Staatskasse, das heißt: der Masse aller Steuerpflichtigen, haben Wir beschlossen, einen Theil der Verwaltungskosten durch diejenigen Unterthanen aufbringen zu lassen, welche die Amtsthätigkeit der unteren Stellen in besondern Anspruch nehmen. Es soll diese Absicht durch Beibehaltung der im Administrativfach bisher üblich gewesenen hienach bezeichneten Sporteln und durch Einführung mäßiger Sporteln bei der Verwaltung der Rechtspflege bewirkt werden. Wir erklären jedoch, daß die Einziehung von Sporteln in gerichtlichen Sachen nur so lange stattfinden wird, als nicht die Staatskasse durch Eröffnung anderer — von künftiger Berathung abhängender Einnahmequellen — sich

---

[73] Reg.-Bl. v. 1829 S. 77.
[74] Reg.-Bl. v. 1828 S. 484.
[75] Ebendas. S. 488.
[76] Verh. d. K. d. Abg. v. 1828 Bd. 5, S. 1182.
[77] Reg.-Bl. v. 1818 Beil. Reyscher, G.-G. Bd. IV. 1. S. 791.

Digitized by Google

im Stande sehen wird, auf den Ertrag der Sporteln zu verzichten."

5) Hienach erscheinen die Sporteln, wenigstens ein Theil derselben, als indirekte Steuerabgabe. So werden sie denn auch sonst beschrieben, z. B. in dem Erlaß der Oberrechnungskammer vom 6. Juni 1829,[78] woselbst von Sporteln die Rede ist, „welche in Verbindung mit den Taxen und dem Stempel die Eigenschaft einer indirekten Steuerabgabe erhalten haben, und daher nicht mehr unter den Gefällen aus Hoheits- und obrigkeitlichen Rechten in der Einnahme und Ausgabe aufzuführen seyen". Für diese Eigenschaft der Taxen scheint auch das Kgl. Dekret vom 24. April 1818[79] angeführt werden zu können, wonach „die vom Hofgericht angesetzten Taxen nicht an die Oberhof-, sondern an die Staatskasse abgeliefert werden sollen." Wären nach dieser Bestimmung die Taxen „Expeditions- oder Kanzleigebühren", so würden sie folgerichtig der Oberhof- nicht aber der Staatskasse zu gut kommen müssen. Die Ablieferung dieser vom Hofgericht angesetzten Sporteln an die Staatskasse spricht somit für ihren Charakter als indirekte Steuern. Die älteren Taxen wurden 1828 mit den neuen Gebühren unter dem Namen von „Sporteln" verschmolzen, und in dieser Verschmelzung förmlich zur indirekten Steuer erklärt.[80] Und gerade diese Vermengung verschiedener Qualität hat zum Odium gegen das Sportelwesen nicht wenig beigetragen. Im Bewußtseyn der Unterthanen trat stets die „Kanzleigebühr", die sich nach und nach zur „Ablaßungebühr" entwickelt, in den Vorder-, dagegen die Spor-

---

[78] Reyscher, Fz.-G. Bd. III. 2. S. 1354.

[79] Reyscher, G.-G. Bd. IV. 1. S. 574.

[80] Hoffmann, Reyscher's Fz.-G. Bd. I. 2. Einleit. S. XXXVII. XLVIII. Bd. III. 1. S. XXXVI. Weisser, Nachr. S. 165.

Digitized by Google

tel als „Steuerabgabe" in den Hintergrund. Anstößig ist auch, wenn man schon vor der Ausfertigung der Dispensation das Geld bei der Bezirksbehörde hinterlegen muß.[81]

6) Der Taxansatz hat in der katholischen Kirche eine gedoppelte Bestimmung:

a) als Kanzleigebühr. Der schriftliche Geschäftsgang, der zur Ordnung der Kirche gehört, macht bei den verschiedenen Behörden die Anstellung von Kanzleipersonen nothwendig, zu deren Unterhalt billigerweise diejenigen beitragen müssen, die deren Dienste in Anspruch nehmen. Hierauf gründen sich die Kanzleigebühren, welche für die Ausfertigung gewisser amtlicher Schriften, besonders solcher, worin Dispensationen bewilligt werden, zu entrichten sind. Diese sind für die römische Kanzlei, um Willkührlichkeiten abzuschneiden, schon 1316 auf einen festen Fuß gesetzt, und allmählig zu einer weitläufigen Taxordnung ausgebildet worden. Man kann demnach solche Expeditionsgebühren nicht so darstellen, als ob dadurch die Dispensation oder die Absolution selbst erkauft würde.[82] Dieser Gesichtspunkt wird festgehalten auch im Trid. XXI. de ref. c. 1. Notarii vero in iis tantum locis, in quibus non viget laudabilis consuetudo nihil accipiendi, pro singulis literis dimissoriis aut testimonialibus decimam tantum unius aurei partem accipere possint, dummodo eis nullum salarium sit constitutum pro officio exercendo. Nec episcopo ex notarii commodis aliquod emolumentum ex eisdem ordinum collationibus directe vel indirecte provenire possit. Tunc enim gratis operam suam eos praestare omnino teneri decernit, contrarias taxas, ac statuta et consuetudines, etiam immemorabiles, quorumcunque locorum, quae potius abusus et corruptelae simoniacae pravitati faventes nuncupari possunt, penitus cassando et

[81] Handb. d. w. E.-G. Bd. 2 S. 174.

[82] Richter, K.-R. §. 220. §. 179. Walter, K.-R. §. 196.

Digitized by Google

interdicendo, et qui secus fecerint, tum dantes quam accipientes, ultra divinam ultionem poenas a jure inflictas ipso facto incurrant.

b) Als Almoſen: „es wird bei den Diſpenſationen, um ſich für die von der Kirche verlangte Indulgenz dankbar zu erweiſen, eine dem Stand und Vermögen angemeſſene Summe entrichtet, die zu den Miſſionen und ähnlichen nützlichen Zwecken verwendet wird.“[83] Die Kompoſitionen und Diſpenſationstaxen, welche in foro externo gezahlt werden, werden zum Beſten der römiſchen Anſtalten verwendet.[84] Sie wurden unter Alexander VI. (1492—1503) in ein Syſtem gebracht.[85] Will man bei der Hervorhebung der Qualität eines „Armenalmoſens“ den Anſtoß und die damit ſich verknüpfende Erinnerung an den „Ablaß“ einigermaßen entfernen, ſo müßte im Fall der Bewilligung des Geſuchs hintennach die Anweiſung erfolgen, wonach, weil die Bewilligung gegen die geſetzliche Ordnung ausnahmsweiſe ertheilt worden, in die Ortsarmenkaſſe ein Beitrag zu entrichten ſey. Durch dieſe oder eine ähnliche Formel wäre jedenfalls manches Gehäſſige weggefallen.[86] Der Papſt Alexander VII. (1655—1667) befragte ſeine Offizialen, wozu die Ehedispenſationsgelder verwendet werden, und erhielt die Antwort, daß ſie ganz nach der Vorſchrift des Papſtes Innozenz X. (1644—1655) zu frommen Werken beſtimmt ſeyen. Thomass[87] bemerkt dazu: „si ubique mulctarum et dispensationum pecunia tam sancte expenderetur, nemo non congratularetur suc-

[83] Walter, K.-R. §. 315. Richter, K.-R. §. 179.

[84] Th. Amydenius, de offic. et jurisdictione datarii Venet. 1654. p. 311. Lebret, Geſch. d. Bulle. J. C. D. II. 117.

[85] Plettenberg, notit. congregat. p. 209. Ueber die Verwendung „ad pias causas:“ Spener, theol. Bed. II. S. 570, letzt. Bed. II. S. 210.

[86] Handb. der württ. E.-G. Bd. 2 S. 174.

[87] eccl. disc. III. 1. p. 74.

curri miseris pauperes sublevari.[88] Dagegen bemerkt Ranke:[89] „Das Geld, das noch im 16. Jahrhundert aus so vielen Ländern nach Rom kam, zerfloß daselbst in tausend Hände. Es wurde von den Aemtern absorbirt, die man schon seit geraumer Zeit zu verkaufen pflegte. Sie waren meist auf Sporteln gegründet, der Industrie der Beamten war ein großer Spielraum gelassen. Der Papst hatte nichts davon, als den Kaufpreis, sobald sie vakant wurden."

§. 5. Landesherrlicher Rechtsanspruch auf Erhebung von Taxen.

1) Als 1796—1798 Verhandlungen wegen Abänderung der E.-G.-O. hinsichtlich der verbotenen Verwandtschaftsgrade stattfanden, reservirte sich die Regierung durch Geheimerathsdekret vom 16. September 1797[90] ausdrücklich das Recht auf Erhebung von Taxen mit folgenden Worten: „sobald einmal die bloße Dispensabilität angenommen wird, so versteht sich von selbst, daß mit der Ertheilung der Dispensationen in einzelnen Fällen die Entrichtung gewisser Taxen jedesmal verbunden ist, und Se. H. D. wissen dem Wunsche, solche Dispensationen taxfrei zu belassen, um so weniger zu willfahren, als Sie nicht gemeint sind, sich Ihr landesherrliches Recht, Taxen zu erheben, beschränken zu lassen." Hiegegen wurden jedoch in der landschaftlichen Erklärung vom 11. Oktober 1797[91] mit Recht energische Einwendungen erhoben, wobei sich insbesondere auf die im Erbvergleiche vom 27. Februar/2. März 1770 Cl. IV. §. 15[92] ertheilten Zusicherungen, sowie auf den Tübinger Ver-

[88] Stapf, P.-U. S. 353.
[89] Röm. Päpste. S. 57. 401.
[90] Reyscher, G.-G. Bd. 3 S. 747.
[91] Reyscher, G.-G. Bd. 3 S. 755 ff.
[92] Reyscher, St.-Gr.-G. Bd. 2 S. 591.

Digitized by Google

trag vom 8. Juli 1514[93] und den Landtagsabschied vom 18. April 1739 §. 1 Nr. 4[94] bezogen wurde.

2) Die Verfassungsurkunde vom 25. September 1819 §. 109[95] bestimmt dießfalls: „Ohne Verwilligung der Stände kann weder in Kriegs- noch in Friedenszeiten eine direkte oder indirekte Steuer ausgeschrieben oder erhoben werden." Auch wurde die Aufhebung von Sporteln, z. B. bei der Dispensation im III. Grade, bei Aufhebung von Eheverlöbnissen, auf verfassungsmäßigem Wege unter Mitwirkung der Landstände durch Gesetz vom 18. Mai 1842[96] zu Stande gebracht; deßgleichen weitere Beseitigungen durch das Gesetz vom 3. Februar 1852.[97]

3) Unter dem 15. März 1849 trug die Kommission bei der Berathung der Einnahmen darauf an: „daß die Dispensationssporteln in Ehesachen vom 1. Januar 1849 an nicht mehr erhoben werden." Diesem Antrag wurde vielseitig beigestimmt und die Bitte um bald möglichste Aufhebung an die Regierung gestellt. Von Seiten der Regierung wurde die Achtbarkeit der Gründe anerkannt, und zugesagt, den Gegenstand in Erwägung zu ziehen.[98] Das Ergebniß war das Gesetz vom 3. Februar 1852.[99]

§. 6. Ergebniß.

I. Politisch-rechtliche Bedenken.

1) In schroffem Widerspruch mit der sittlichen Grundlage des Staats, ohne welche derselbe je länger je weniger bestehen kann, steht es, mittelst der Dispensation gegen den Zweck dieses von der Kirchengewalt abgelei-

[93] Reyscher, St.Gr.G. Bd. 2 S. 40.
[94] Reyscher, St.Gr.G. Bd. 2 S. 520.
[95] Reg.-Bl. v. 1819 S. 653.
[96] Reg.-Bl. v. 1842 S. 300.
[97] Reg.-Bl. v. 1852 S. 35.
[98] Verh. d. Kammer der Abgeordneten v. 1849, 100. Sitzung, S. 2244, 2245.
[99] Reg.-Bl. S. 35.

Digitized by Google

teten Rechts, der Kammer einen Zuwachs zu verschaffen.[100] Fortwährend aber liegt der in sittlicher Hinsicht für den Staat keineswegs gleichgiltige Vorwurf sehr nahe, daß alle dispensabeln Verbote zunächst der Sporteleinnahme wegen noch aufrecht erhalten werden.[101]

2) Sporteln und Taxen involviren eine Rechtsungleichheit. Denn die an Entrichtung hoher Taxen geknüpften Vergünstigungen werden zu einer ausschließenden Wohlthat für Reiche, für Aermere aber entweder zu einem unerreichbaren Gut oder zur drückenden Last.[102] Denn sie treffen den Armen auf's Empfindlichste in einem Zeitpunkt, wo dieser oft sehr bedeutende Abzug von seiner Ersparniß ihm am wehesten thut, wenn er im Begriff ist, sich einen eigenen Heerd zu bauen und einen Hausstand zu gründen.[103]

3) Die alten Dispensationstaxen, ohne einen bekannten rechtlichen Ursprung, sind von einer ganz geringen Summe allmälig zu einer bedeutenden und zum Theil willkürlichen Größe angewachsen; wie denn nach der Tax vom 15. Juli 1709 „pro dispensatione in gradu prohibito“ ohne Unterschied nur „zwei Goldgulden“ zu bezahlen waren.[104]

4) Es entspricht keineswegs der Weisheit und den landesväterlichen Gesinnungen einer Regierung, Gesetze, deren Abrogation durch die Zeitumstände und das Staatswohl gefordert wird, bloß deßwegen fortdauern zu lassen, um der herzoglichen Kammer einige Geldeinkünfte zu verschaffen.[105]

---

[100] Landschaftliche Erklärung vom 4. August 1797. Reyscher, G.G. Bd. 3 S. 745.

[101] Herdegen, Württ. Staatsh. S. 366.

[102] Reyscher, G.G. Bd. 3 S. 745.

[103] Verh. d. Kammer d. Abg. v. 1849, 100. Sitz., S. 2245.

[104] Landschaftliche Erklärung vom 4. August 1797. Reyscher, G.G. Bd. 3 S. 744.

[105] Landschaftliche Erklärung v. 11. Oktober 1797. Reyscher, G.G. Bd. 3 S. 757.

Digitized by Google

5) Sollen die Taxen ein Erschwerungs- oder Hinderungsmittel seyn, um Heirathslustige abzuschrecken, oder die Befriedigung ihrer Neigung auf alle Weise, mithin auch durch hohe Taxen zu erschweren,[106] so ist diese Theorie wohl rechtlich nicht für zulässig zu erachten, so wie der beabsichtigte Zweck bei Leuten, die die Taxen zu bezahlen vermögen, nicht erreicht wird. Somit trifft das in Anwendung gebrachte Mittel bloß die Armen, denen die ganze Taxeinrichtung an sich schon lästig genug ist.[107] Dies gilt ganz besonders auch gegen dasjenige, was in der Kammer der Abgeordneten[108] für die Erschwerung nachtheiliger Verbindungen mittelst hoher Taxen vorgebracht wurde. Es scheint, daß die Abgeordneten von 1828 sich nicht daran erinnerten, was die Abgeordneten von 1798 so nachdrücklich geltend gemacht haben.

6) Es ist eine Erfahrungssache, daß Taxen der fraglichen Art stets Unzufriedenheit erregen. Jeder einzelne Zahlungsfall erzeugt in der Regel Verdruß und Aerger, Unwillen und Murren, und dieß nicht selten mehr bei Vermöglichen, als bei Armen. Eine Einrichtung, welche geeignet ist, eine solche Stimmung zu unterhalten, kann schon vor dem politischen Richterstuhl nicht gerechtfertigt werden. Die württembergische Regierung hat selbst schon unter dem 1. Februar 1817[109] dieselben Grundsätze ausgesprochen, und „in Betracht, daß die Stempelabgabe nach ihrer bisherigen Erhebungsart in mancher Beziehung dem Publikum lästig war, und in der Absicht, die Unterthanen vorläufig möglichst zu

---

[106] Hauber, R. v. Br. Bd. 2 S. 22, 23.

[107] Landschaftliche Erklärung vom 22. März 1798. Reyscher, G.G. Bd. 3 S. 762. Verh. d. Kammer der Abgeord. v. 1849, 100. Sitzung, S. 2245.

[108] Verh. v. 1828 Bd. 5 S. 1185, 1272.

[109] Reg.-Bl. v. 1817 S. 58.

Digitized by Google

erleichtern," Aenderungen in der Administrationseinrichtung angeordnet.

7) Betrachtet man, namentlich hohe Sporteln als ein Schutzmittel für die Wahrung etwaiger Rechte dritter Personen, über welche z. B. bei jeder Dispensation vom kirchlichen Aufgebot disponirt wird, so läßt sich immerhin sagen, daß bei dem gesetzlichen Aufgebote jene Rechte niemals gefährdet werden und somit in der Unzulässigkeit der Dispensation (Indispensabilität) der sicherste Schutz für dieselben liege.[110]

8) Ueberhaupt lassen sich diese Sporteln mit einer weisen Gesetzgebung nicht vereinigen und eben darum hätte auch ihre, nicht blos theilweise, sondern gänzliche Aufhebung längst schon erfolgen sollen. Denn diese Sporteln erhalten unter dem Volke die Meinung, als ob Alles, auch das Recht, für Geld käuflich sey.[111]

9) Für den Beamten ist es drückend, solche Sporteln ansetzen zu müssen, welche dem Anschein Raum geben, als ob die Behörde etwas Unerlaubtes für Geld gestatte, oder für etwas Zulässiges sich bezahlen lasse.[112]

10) In mehreren dieser Sporteln, wie bei Ungleichheit des Alters, liegt eine gegen den Unterthanen nicht zu rechtfertigende Härte. Denn gerade das Verhältniß, das man hiebei vermeiden will, ist oft das einzige Auskunftsmittel für Einen, der sonst der Verarmung anheimfallen würde, um diesem Schicksal zu entgehen und sich noch einen eigenen Hausstand zu begründen; abgesehen davon, daß es wenigstens noch zweifelhaft erscheinen kann, ob der Staat das Recht hat, so sehr in das Privatrecht einzugreifen.[113]

---

[110] Verh. d. Kammer d. Abg. v. 1828. Bd. 5 S. 1239.
[111] Verh. d. Kammer d. Abg. v. 1849, 100. Sitz., S. 2245.
[112] Ebendaselbst.
[113] Ebendaselbst.

Digitized by Google

II. Sittliche Bedenken.[114]

1) Die Aussicht auf Taxen darf in keinem Fall dem Dispensationswesen den Vorzug geben. Man kann sich mit dem Gedanken nicht aussöhnen, daß etwas in göttlichen und menschlichen Gesetzen verboten sey, und doch im einzelnen Falle unter der Bedingung eines gewissen Geldabtrags zur erlaubten Handlung werden könne.[115]

2) Es widerspricht dem Wesen aller Sittlichkeit, Sporteln und Taxen als Schutzmittel gegen Luxus und gefahrdrohende Unsittlichkeit in Anwendung zu bringen; denn da gerade tritt die Unsittlichkeit derselben in ihrem tiefsten Grunde am Grellsten hervor.[116]

3) Wollte man die Sporteln als Beiträge zu Wohlthätigkeitsanstalten auffassen, so ist zu bemerken, daß dieß nur bei wenigen Sporteln zutrifft, sowie, daß eine erzwungene und abgenöthigte Wohlthätigkeit keinen sittlichen Werth hat.[117] Es wurde auch 1828 in den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten[118] von allen Seiten angenommen und zugegeben, daß diejenigen „Waisenhausgefälle, welche bisher als ein Theil der Taxen bezogen worden sind, oder welche wirklich nur ein Zusatz zu der Sportel sind," aufhören sollen.

5) Unter Ludwig XIV. (1643—1715) wurden am Ende auch die Heirathsprotokolle der Besteuerung oder Besportelung unterworfen. Da gingen viele in den Naturstand zurück, heiratheten ohne weitere Formalitäten

---

[114] Besonders zu berücksichtigen die Bemerkung der Redaktion in Sarwey's Monatschr. Bd. 19 S. 144.

[115] Landsch. Erkl. v. 4. August 1797. Reyscher, G.G. Bd. 3 S. 744. Wolff, Zukunft der protest. Kirche. S. 136. Verhandl. d. Kammer d. Abg. v. 1835, Bd. 2, 128. Sitz., S. 71.

[116] Herdegen, Württ. Staatsh. S. 366.

[117] Herdegen, Württ. Staatsh. S. 366.

[118] Bd. 5 S. 1179.

Digitized by Google

und zeigten, wie der Staat eine gewisse Grenze niemals überschreiten darf. Ebenso wurden die Geburtsprotokolle besteuert und es erfolgten Taufen nach Willkühr.[119]

6) Das mit Sporteln verbundene Dispensationswesen alterirt das sittliche Bewußtseyn, als ob mittelst der Abgabe „venia canonis infringendi" ertheilt werde; während nach der Praxis der Korruption nur eine „venia canonis infracti" gemeint war.[120] Der ursprüngliche Zweck auch bei diesen Kompositionen, jetzigen Sporteln, war die Tilgung einer schon vergangenen Schuld; nicht daß Etwas recht werde, was unrecht gewesen, oder daß man ungestraft gegen bestehende Gesetze verstoße, sondern daß schon begangene Fehler vergeben werden.[121]

III. Rein finanzielle Rücksicht.

Schon unter dem 11. Oktober 1797[122] sprach sich die landschaftliche Erklärung dahin aus, daß „die Rentkammer gewiß nur einen sehr unbedeutenden pekuniären Vortheil entbehren müsse, wenn die Taxfreiheit ausgedehnt würde." Nach den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1828[123] wurde zwar vom Justizminister das Gegentheil hervorgehoben, daß es leider wahr sey, daß dabei die finanzielle Rücksicht zu sehr in's Auge gefaßt werden müsse, denn im Ganzen seyen diese Taxen von Bedeutung, indem sie ungefähr 30,000 fl. ertragen. Allein Herdegen[124] bemerkt hiergegen, daß nach dem Etat von 1845—48 durch Ehedispensationen nur die geringe Summe von 23,860 fl. für den Staat

---

[119] Raumer, hist. Tasch. Bd. 5 S. 428.

[120] De Marca III. pag. 14. Thomass. eccl. disc. II. 3. pag. 24—28. Gieseler, K.-G. II. 2. S. 209.

[121] Thomass eccl. disc. II. 3. 27. pag. 328.

[122] Reyscher, G.G. Bd. 3 S. 757.

[123] Bd. 5 S. 1239.

[124] Württ. Staatsh. S. 366.

Digitized by Google

gewonnen werde. Jetzt wird wohl die finanzielle Rücksicht noch weniger in Betracht kommen, da inzwischen die Aufhebung weiterer Taxen erfolgt ist.

Alles, was man etwa für Beibehaltung der noch übrigen Reste des ehegerichtlichen Sportelwesens anführen mag, wird kaum stichhaltig seyn. Die ganze geläuterte Zeiteinrichtung — nicht ein bloßes wechselndes Modebewußtseyn — bezeichnet dasselbe als eine Sache, welche sich überlebt hat. Wie unsere Gesetze in der Regel das Ergebniß einer vorausgegangenen, wohlbegründeten, öffentlich und laut gewordenen Ansicht sind, und nur unter dieser Voraussetzung die Promulgation eines Gesetzes Aussicht hat, allgemein in seinem Werth und seiner Zweckmäßigkeit anerkannt und darum gerne befolgt zu werden, so müssen auch längst bestehende Gesetze, welche vor jenem Richterstuhl nicht mehr zu bestehen vermögen, von der Gesetzgebung beseitigt werden. Diese selbst hat angefangen, aufzuräumen und in wenigen Jahren nach einander Vieles hinweggeräumt, ohne daß irgend welche Rechte verletzt worden wären, oder der Staat nothgelitten hätte. Bereits sind die Ehesporteln so zusammengeschmolzen, daß von einem fiskalischen Interesse bei dieser Frage nicht mehr die Rede seyn kann; das Recht aber und die Sittlichkeit haben längst gerichtet.

Wir schließen mit einem Worte Herder's:[125] „Kirchenbuße und Kirchencensur im reinen biblisch-apostolischen Sinn, da öffentliche Aergernisse von der Gemeinschaft der Kirche ausgeschlossen sind und wiederkehrende reuige Sünder in solche wieder aufgenommen werden, kann wohl weder abgeschafft, noch in etwas Anderes, als was sie seyn soll, verwandelt werden, so lange die Bibel da ist, und wir im dritten Artikel eine Gemeinschaft der Heiligen, die in der Vergebung der Sünde stattfin-

[125] Biogr. Bd. 2 S. 149.

Digitized by Google

det, glauben oder zu glauben scheinen. Davon soll kein Stand ausgeschlossen, Niemand dispensirt seyn, denn in der Christenheit ist kein Stand. Soldat, Hofdiener, Fürst und Minister sind Christen; keine Sünde kann um Geld abgekauft werden und kein Fürst kann Sünde ausnehmen und privilegiren."[126]

---

9) Ueber den Ausschluß der staatsbürgerlichen Wahlrechte durch Privatdienstverhältnisse.

(Von Hrn. Direktor v. Geßler in Stuttgart.)

Die württembergische Verfassungsurkunde bestimmt in §. 135, Ziff. 4, daß ein Mitglied der Ständeversammlung weder unter väterlicher Gewalt, noch unter Vormundschaft, noch unter Privatdienstherrschaft stehen dürfe. Die Frage, was hier nach dem Sinne der Verfassungsurkunde unter Privatdienstherrschaft zu verstehen sey, hat seit der Vereinbarung der Verfassungsurkunde eine sehr verschiedene Auslegung gefunden, es dürfte daher wohl gerechtfertigt seyn, den Sinn dieser Bestimmung einer näheren Untersuchung zu unterwerfen. Sieht man sich zu diesem Zweck in den Verhandlungen des konstituirenden Landtags von 1819 um, so ist aus denselben für die nähere Präcisirung dessen, welches Verhältniß man mit dem Wort „Privatdienstherrschaft" bezeichnen wollte, nichts Entscheidendes zu entnehmen. Wenn der damalige Vicepräsident der Ständeversammlung v. Weishaar bei der Berathung des §. 130, jetzt 135, des Verfassungsentwurfs als Beispiele der Privatdienstherrschaft die Rentbeamten, Substituten, Commis und Privatsekretäre bezeichnete und bemerkte, daß es denselben an der erforderlichen Selbstständigkeit fehle, weil Jeder, der in

---

[126] Hagenbach, K.-G. d. 18. u. 19. Jahrh. Bd. 2 S. 63.

Digitized by Google

Privatdienstherrschaft stehe, auf eine gewisse Person Rücksicht zu nehmen habe, und sich viel schwerer unabhängig zu erhalten im Stande seye, besonders da er willkürlich entlassen werden könne, und wenn der damalige Abgeordnete Lang in der Sitzung vom 17. Sept. 1819 die Frage stellte: was ist Privatdienstherrschaft? sind darunter blos Domestiken, oder auch die adeligen Rentbeamten begriffen? Wenn sodann der Freiherr v. Varnbüler bemerkte, „es widerstrebe seinem Gefühle, daß Herr und Diener in derselben Kammer sitzen", so sieht man daraus nur, daß, wie die Anfrage des Abgeordneten Lang ergibt, schon damals ein entscheidender Begriff mit dem Worte nicht verbunden war, und es kann wohl keinen Zweifel leiden, daß die Erklärung des Vicepräsidenten v. Weishaar über den Sinn dieses Wortes den angeregten Zweifel ebensowenig in entscheidender Weise zu lösen vermochte, da man in dieser Erklärung etwas Weiteres nicht zu finden vermag, als eine Auseinandersetzung darüber, wie er diesen Begriff aufgefaßt hat. Man muß aber um so mehr Anstand nehmen, dieser Erklärung ein entscheidendes Gewicht für die Feststellung des Begriffs dieses Wortes beizulegen, als die Beispiele, welche er für seine Begriffsauffassung geltend gemacht hat, gerade das vermissen lassen, ein entscheidendes Kriterium für den Begriff selbst zu geben. Nach der damals vorhandenen Uebung waren Substituten, Commis und Privatsekretäre in derselben häuslichen Gemeinschaft — in der Regel wenigstens — mit ihren Prinzipalen. Bei diesen konnte man daher schon in diesem Sinne von einer Privatdienstherrschaft reden. Dasselbe Verhältniß zu dem Herrn traf aber bei den Rentbeamten wenigstens in der Regel nicht zu. Dieselben befanden sich nicht in der häuslichen Gemeinschaft mit ihren Herren, sondern führten wenigstens in der Regel ihren eigenen Haushalt. Ebenso vag sind sodann die andern Kriterien, welche Weishaar für die Ausschließung der Rentbeamten von dem Landstandsschaftsrechte geltend

Digitized by Google

macht. Daß sie auf gewisse Personen Rücksicht zu nehmen haben, kann sie denn doch nicht zu in toto abhängigen Leuten machen. Nach den damaligen Begriffen von Subordination hatte z. B. ein Kanzleibeamter auf seinen Chef wohl ebenso viel Rücksicht zu nehmen, als ein Rentbeamter auf seinen Gutsherrn. Das Merkmal der Entlaßbarkeit kann aber ebensowenig für sich allein entscheiden, jedenfalls wäre alsdann derjenige gutsherrliche Beamte unbedingt von dieser Ausnahmebestimmung zu eximiren gewesen, der mit Staatsdienerrechten angestellt war, ein Fall, der damals schon vorkam. So bedeutenden Antheil v. Weishaar an der Emanation der Verfassung hatte, so wenig kann man daher bei der Unbestimmtheit, welche seine Erklärung in dem vorliegenden Fall hat, derselben ein entscheidendes Gewicht für die nähere Bestimmung dessen beilegen, was man hiernach im Sinne der Verfassungsurkunde unter der Privatdienstherrschaft zu verstehen hat. Es ließe sich, wollte man sich an die Worte von Weishaar halten, lediglich nicht einsehen, warum die Rentbeamten hier besonders mit einer levis notae macula belegt seyn sollen, die Forstbeamten derselben dagegen nicht. [1]

Kann man hienach aus den Verhandlungen über diese Bestimmung der Verfassungsurkunde nichts für den Begriff des Wortes Privatdienstherrschaft herleiten, so geben die nachgefolgten Verhandlungen hiefür ebensowenig an die Hand. Der im Jahr 1823 bei den Ständen eingebrachte Entwurf eines Wahlgesetzes, dessen Erlassung allerdings bei den mannigfachen Controversen, die sich an die Bestimmungen der Verfassungsurkunde knüpfen, ein Bedürfniß ist, beschränkte sich darauf, einige Fälle aufzuführen, welche nicht als Privatdienstherrschaft anzusehen sind. Als solche bezeichnete er Diejenigen, welche ein Staatsamt oder ein Kirchenamt bekleiden,

[1] Verh. v. 1819, H. XLIV. Prot. 21 v. 17. Sept. 1819, S. 45 ff.

Digitized by Google

dessen Besetzung einer Privatperson kraft besonderer Bestimmung zusteht, sowie Diejenigen, deren Hauptberuf nicht in der Dienstleistung besteht, zu welcher sich derselbe gegen eine Privatperson verpflichtet hat. Die Motive bemerkten hiezu, daß der Entwurf beabsichtige, diejenigen Fälle auszunehmen, welche nach dem Sinne der Verfassungsurkunde unzweifelhaft nicht als unter den Begriff der Dienstherrschaft fallend anzusehen seyen. Die Zusammenstellung, in welcher das Wort Privatdienstherrschaft mit der Vormundschaft und der väterlichen Gewalt gebraucht sey, gebe unzweifelhaft an die Hand, daß ein Abhängigkeitsverhältniß nach dem Sinn der Verfassungsurkunde erforderlich sey. Ein solches ergebe sich aber nicht aus der Uebernahme einzelner Dienstleistungen, sondern nur aus dem Anspruch, den eine Privatperson der andern auf ihre Thätigkeit im Allgemeinen fortdauernd eingeräumt habe.[2] Mit dieser Bestimmung wäre für den Begriff der Privatdienstherrschaft im Sinne der Verfassungsurkunde noch wenig oder eigentlich nichts gewonnen gewesen, denn es wäre damit nur gesagt gewesen, daß Diejenigen, die nicht in einem fortlaufenden Privatdienstverhältniß stehen, nicht unter diese Bestimmung fallen. Diejenigen, welche, obgleich von einem Privaten dazu ernannt, ein Staats- (wohl richtiger öffentliches) Amt bekleiden, stehen nicht in einem Privatdienstverhältniß, weil sie keine Privatdienste, sondern öffentliche Dienste verrichten. Diejenigen aber, welche blos einzelne Privatgeschäfte für Jemand verrichten, dabei aber einen andern Hauptberuf haben, wären nicht darunter gefallen, weil sie durch die Uebernahme einzelner Geschäfte neben einem andern Hauptberuf nicht in ein Dienstverhältniß im Allgemeinen, sondern nur in ein Verhältniß einzelner Dienste treten. Das waren aber

[2] Verh. v. 1823, H. I. Beil. S. 66, 94. H. II. Prot. v. 9. Dez. 1823, S. 331.

Digitized by Google

alles Bestimmungen, die sich nach der Verfassungsurkunde wohl von selbst verstanden. Mit Recht hat daher der Wahlgesetzentwurf, der auf dem ersten Landtage von 1848 bei der Kammer der Abgeordneten eingebracht wurde, von dieser Bestimmung Umgang genommen, indem er bemerkte, daß die Bestimmung sich von selbst verstehe, daß, wer öffentliche Geschäfte verrichte, nicht unter die Privatdiener zu rechnen sey, wenn er auch von einem Privaten ernannt worden, während mit der Beziehung auf den Hauptberuf ebensowenig etwas gewonnen werde. [3]

So wenig Entscheidendes hiernach die Verhandlungen über diese Frage hinsichtlich der Ordnung derselben im Gesetzgebungswege an die Hand geben, ebensowenig ist dieß hinsichtlich der Verhandlungen über die einzelnen Legitimationsfälle selbst der Fall. Die Praxis zeigt ein Schwanken in der Richtung auf, daß ursprünglich die Bestimmung mit ziemlicher Strenge zu Ungunsten der Privatbediensteten festgehalten wurde, und erst allmälig eine etwas mildere Anschauung sich Geltung verschaffte. Eine Darstellung der einzelnen Legitimationsfälle selbst wird dies am Besten nachweisen.

1) Im Jahr 1820 wurde der fürstl. thurn und taxis'sche Oberrentmeister Keller von Neresheim zum Abgeordneten des Oberamtes Neresheim gewählt, derselbe jedoch im Februar 1820 nicht für legitimirt erkannt, weil er, als Oberrentmeister eines Standesherrn von den Befehlen und Instruktionen eines Andern abhängig, als unter Privatdienstherrschaft stehend anzusehen sey. [4]

2) In demselben Jahr wurde die Wahl des resignirten Oberamtspflegers Merkt in Spaichingen wegen eines Formfehlers für ungiltig erklärt, in dem Bericht

---

[3] Beil.-Bd. zu den Verh. des I. Landtags von 1848, S. 38, 46.

[4] Verh. der Kammer d. Abg. II. H., Prot. XI. v. 1. Febr. 1820, S. 92. Prot. XIV. v. 5. Febr. 1820, S. 124. Beil. 43, S. 126—134. III. H. Prot. XIX. v. 16. Febr. 1820, S. 193. Beil. LIX. S. 189.

Digitized by Google

der Legitimationskommission war aber noch außerdem bemerkt, daß die Kommission seine Zulassung in die Kammer der Abgeordneten noch aus einem andern Grunde bedenklich finde, weil Merkt die Verwaltung des kleinen freiherrlich v. Wiederhold'schen Guts Hohenkarpfen gegen eine Belohnung von jährlichen 30 fl. und 2 Klafter Holz besorge, und hienach als unter Privatdienstherrschaft stehend anzusehen sey. So wenig hiedurch eine persönliche Abhängigkeit des Gewählten herbeigeführt werde, so spreche einmal die Verfassungsurkunde allgemein und lasse sich die Grenzlinie, wenn aus einem solchen Verhältnisse sich ein Nachtheil für das allgemeine Wohl ergeben würde, nicht ziehen.[5] Indessen wurde ein Beschluß über diesen Unfähigkeitsgrund damals nicht gefaßt.

3) Im Jahre 1826 kam die Frage aus Anlaß der Legitimation des Schultheißen Dörr als Abgeordneter des Oberamts Brackenheim wieder zur Sprache. In der Wahlurkunde war Dörr als Amtsschreibereigehilfe bezeichnet, die Recherchen ergaben jedoch, daß derselbe schon seit Martini 1825 aus seiner Stelle ausgetreten war, und von da an nur noch hie und da aushilfsweise Amtsschreibereigeschäfte besorgt hatte. Die Kammer nahm deßhalb keinen Anstand, ihn für legitimirt zu erklären, weil auf einzelne freiwillige Dienstleistungen ohne einen förmlichen Gehalt der Begriff der Privatdienstherrschaft sich nicht anwenden lasse.[6]

4) Die im Jahr 1827 erfolgte Wahl des Verwaltungsaktuars Pfahler in Walddorf als Abgeordneter des

---

[5] Verh. der Kammer d. Abg. v. 1820, H. II. Prot. XIV. v. 15 Febr. 1820. H. III. Prot. XX. v. 18. Febr. H. IV. Prot. XXII. v. 22. Febr. Prot. XXIII. v. 25. Febr. Prot. XXV. v. 1. März. Prot. XXVI. v. 7. März. Prot. XXVII. v. 11. März, S. 125, 203, 269, 286, 298, 309, 318, 322. Beil. LXXXIII. S. 236—240.

[6] Verh. d. K. der Abg. v. 1826. H. I. Prot. X. vom 15. Febr., S. 165.

Digitized by Google

Oberamts Tübingen wurde deßhalb beanstandet, weil Pfahler neben seiner Stelle als Verwaltungsaktuar auch noch die oberamtlichen Revisionsgeschäfte gegen Belohnung versah, und zwar in Folge eines mit dem Oberamtmann abgeschlossenen Vertrags. Der ständische Ausschuß wollte zunächst recherchiren, ob die Belohnung für die Revisionsgeschäfte einen bedeutenden Theil seines Einkommens bilde. Die Gesetzgebungskommission sprach sich aber dahin aus, daß dies gleichgiltig sey, Pfahler stehe einmal in einem Dienstverhältnisse zum Oberamtmann, dessen Gehilfe er sey, und dieser Auffassung gab auch die Kammer der Abgeordneten Folge, indem sie Pfahler mit 69 gegen 9 Stimmen nicht für legitimirt erkannte.[7]

5) Die Wahl des Abgeordneten von Ehingen im Jahr 1844 wurde auf dem Landtage von 1845 aus andern Gründen für nichtig erklärt. Unter den Kandidaten befand sich auch der Stadtschultheiß Wizigereuter von Ehingen, von dem angegeben war, daß er, neben seinem Einkommen von 895 fl. 48 kr. aus seinen öffentlichen Stellen, noch eine jährliche Belohnung von 500 fl. aus der Privat- Leih- und Sparkasse von Ehingen für die Besorgung der Vorstands- und Buchhaltereigeschäfte beziehe. Die Legitimationskommission bemerkte jedoch, daß sie in diesem Verhältnisse kein solches Verhältniß zu erkennen vermöge, daß er deßhalb unter Privatdienstherrschaft stehend anzusehen wäre.[8]

6) Im Jahr 1837 wurde der ritterschaftliche Abgeordnete Freiherr vom Holz zum dienstleistenden Kammerherrn Ihrer Majestät der Königin ernannt. Obgleich er im Hinblick auf sein neues Dienstverhältniß um seine Enthebung von der Stelle eines Sekretärs der Kammer

---

[7] Verh. v. 1828 H. I. Prot. I. v. 16. Jan., S. 11. H. VI. Prot. LII. v. 26. März, S. 1556 ff., 1580 ff.

[8] Verh. d. K. der Abg. v. 1845, Bd. IX. Beil.-H. II. S. 343, §. 11. Bd. I. Prot. XIII. v. 27. Febr., S. 4 ff.

Digitized by Google

der Abgeordneten hat, dasselbe somit ausdrücklich zur Kenntniß der Kammer brachte, so wurde doch von keiner Seite gegen die Beibehaltung seiner Stelle als Abgeordneter Einsprache erhoben.

7) Im Jahr 1842 wurde der Präsident der Hofdomänenkammer v. Gärttner zum lebenslänglichen Mitgliede der Kammer der Standesherren ernannt, und seine Legitimation wurde von derselben wegen dieses seines Dienstverhältnisses nicht beanstandet.

8) Im Jahr 1845 kam bei zwei zu Abgeordneten gewählten Rechtsanwälten ihr Verhältniß als Generalagenten einzelner Standesherren zur Sprache. Weder der ständische Ausschuß noch die Legitimationskommission vermochten jedoch in diesem Verhältniß einen Grund zu finden, ihre passive Wahlfähigkeit zu beanstanden, und die zweite Kammer trat dieser Auffassung bei.[9]

9) Im Jahr 1853 wurde der Frhr. v. Gültlingen von der Ritterschaft des Schwarzwaldkreises zum Abgeordneten gewählt. Zur Zeit seiner Wahl war derselbe Revierförster in Sittenhardt, nach derselben und vor seinem Eintritt in die Kammer wurde er jedoch zum Hofkammerförster in Feuerbach ernannt. Unter Berufung auf die Aeußerung von Weishaar auf dem konstituirenden Landtag in der Sitzung vom 17. September 1819, der auf die Anfrage, ob Hofbeamte als Privatdiener zu betrachten seyen, bemerkte: die Hofbeamten gehören auch zum Staat, denn nur der Regent hat einen Hof, sowie auf die beiden oben unter Ziffer 6 und 7 angeführten Vorgänge, endlich unter Geltendmachung des Umstandes, daß nach den K. Verordnungen vom 20. Dezember 1816 und 20. Oktober 1820 die Hofbeamten den Staatsdienern in Absicht auf ihre Dienstrechte gleichgestellt sind, und daß, insbesondere was die Beamten der Hofkammer betreffe, das Hofkammergut nach §. 108 der Verfassungs-

[9] Verh. v. 1845, Bd. IX. Beil.-H. II., S. 5, 6, 414.

urkunde unter den besonderen Schutz der Verfassung gestellt sey, sprach sich die Legitimationskommission für seine Zulassung aus, für die sich auch die Kammer erklärte.[10]

10) Im Jahr 1856 kam die Frage, ob ein Privatdienstherrschaftsverhältniß vorliege, in zwei Fällen zur Sprache, bei welchen seither die zweite Kammer von der Erörterung dieser Frage Umgang genommen hatte. Schon wiederholt hatte der Obertribunalprokurator Schott als Abgeordneter an den Verhandlungen der zweiten Kammer Theil genommen, obgleich derselbe schon seit dem Februar 1817 Generalprokurator des Kreditvereins war, und ebenso war der Redakteur des Literaturblattes Dr. Menzel in seiner Eigenschaft als Abgeordneter wegen des durch die Uebernahme der Redaktion begründeten Verhältnisses nicht beanstandet, die Frage der Beanstandung vielmehr gar nicht aufgeworfen worden. Dagegen wurde diese Frage aus Anlaß der Wahl des Dr. Schnitzer, damaligen Redakteurs des Beobachters, als Abgeordneter für Riedlingen und des Rechtskonsulenten Hölder, Rechtsraths der Rentenanstalt in Stuttgart, zum Abgeordneten für Besigheim aufgeworfen. In beiden Fällen wurde jedoch das Vorhandenseyn eines Privatdienstverhältnisses verneint, nachdem Schnitzer nachgewiesen hatte, daß er dem Eigenthümer des Blattes, Rechtskonsulenten Tafel, gegenüber eine vollkommen selbstständige und unabhängige Stellung hinsichtlich der Führung des Blattes habe, die Redaktion desselben ihm gegen seinen Willen nicht abgenommen werden könne, und er mit seiner Belohnung lediglich auf den Ertrag des Blattes angewiesen sey, während bei Hölder geltend gemacht wurde, daß der Gehalt eines Rechtsraths nicht den Haupttheil seines Einkommens bilde, daß im Gegentheil, wie in dem mit ihm abgeschlossenen Dienstvertrag aus-

---

[10] Verhandl. d. K. der Abg. v. 1854—55, Prot.-Bd. I., Prot. CCXXXII., S. 42, 43. I. Beil.-Bd., S. 263, 264.

Digitized by Google

drücklich anerkannt war, sein Beruf als Rechtsanwalt sein Hauptberuf sey, und daß es bei einer Gesellschaft an dem Vorhandenseyn einer Privatdienstherrschaft fehle, Niemand, mit dem er gleichzeitig in der Kammer sitze, als sein Herr bezeichnet werden könne, obgleich für die etwaige Lösung des Verhältnisses eine gegenseitige Aufkündigungsfrist stipulirt war.[11]

Dies sind die Fälle, in welchen diese Frage bis jetzt bei der Ständeversammlung, hauptsächlich bei der Kammer der Abgeordneten zur Erörterung kam. Sie dürften bestätigen, was wir oben bemerkt haben, daß früher eine strengere Anschauung hinsichtlich der Annahme des Verhältnisses der Privatdienstherrschaft geherrscht hat, als dies später der Fall war. Der unter 4) angeführte Fall hätte nach der jetzigen Anschauung kaum hierunter subsumirt werden können, während der Fall unter 2), in welchem übrigens eine Entscheidung der Kammer nicht erfolgte, wohl ebensowenig ein Hinderniß der Zulassung des Gewählten in die Kammer gewesen wäre. Bei der Entscheidung der einzelnen Fälle wurde überdies wiederholt hervorgehoben, daß die Bestimmung der Verfassungsurkunde als eine Beschränkung der Wahlfreiheit strikte zu interpretiren sey.

Mohl[12] hält Jeden, welcher mittelst Vertrags mit einem einzelnen Staatsbürger oder mit einer Privatgesellschaft diesen fortlaufende Dienste leistet, für welche er einen seinen ganzen Beschäftigungsvertrag oder einen großen Theil desselben bildenden regelmäßigen Lohn erhält, für einen unter Privatdienstherrschaft Stehenden und deßhalb aktiv wie passiv Wahlunfähigen. Er bemerkt:[13] Nothwendig scheint es, die Dienste gegen Privatgesellschaften

---

[11] Verh. d. K. der Abg. v. 1856, Beil.-Bd. I. S. 50 ff., 59 ff. Prot.-Bd. I. Prot. X., S. 126—141. Prot. XII., S. 169 ff.

[12] In seinem Staatsrecht Bd. 1, §. 101, S. 563.

[13] Note 17, S. 569.

Digitized by Google

in die Definition aufzunehmen, sowie das „Auskommen" mit Beschäftigungsertrag (Arbeitsgewinn) zu ersetzen, indem ja der im Privatdienste Stehende auch eigenes Vermögen besitzen kann, ohne deßhalb aufzuhören, in solchem Verhältnisse zu seyn. Namentlich ausgesprochen ist, daß die gutsherrlichen Rentbeamten und die Schreibereigehilfen in Privatdienstherrschaft stehen. Diese Anschauung von Mohl hatte hinsichtlich der Privatgesellschaften eigentlich schon im Jahr 1840, zu welcher Zeit die neueste Auflage seines Staatsrechts erschien, keine Berechtigung. Schon damals war der Obertribunalprokurator Schott wiederholt in der Kammer der Abgeordneten gesessen, ohne daß seine Legitimation beanstandet worden wäre. Etwas willkürlich ist sodann die Anschauung, welche von den Rentbeamten auf die gutsherrlichen Beamten überhaupt gemacht wird. Auf dem konstituirenden Landtag war lediglich von Rentbeamten die Rede, und ebenso lag lediglich der Vorgang eines Rentbeamten vor, dessen Legitimation wegen dieser Eigenschaft beanstandet worden war. Die weitere Ausdehnung bedurfte daher wohl einer speziellen Rechtfertigung, da sie sich denn doch aus der ratio legis nicht von selbst verstand. Daß aber den Verhandlungen, die damals über den Begriff der Privatdienstherrschaft gepflogen worden, nicht ohne Weiteres die Bedeutung beigelegt werden darf, die ihnen hier gegeben wird, haben wir schon im Eingang auseinander gesetzt und wollen hier nur noch Einiges beifügen. Man könnte sich versucht finden, zu sagen, daß der Umstand, daß die konstituirende Versammlung den Antrag auf die Streichung der Worte „noch unter Privatdienstherrschaft" übrigens nicht mit großer Majorität abgelehnt hat, nachdem dieser Antrag von dem Freiherrn v. Ow gerade im Hinblick auf die Wahlberechtigung der Rentbeamten gestellt war, mit Entschiedenheit dafür spreche, daß nach der Anschauung der Majorität der konstituirenden Versammlung jedenfalls die gutsherrlichen Rentbe-

Digitized by Google

amten als unter Privatdienstherrschaft stehend im Sinne des §. 135, Ziffer 4 der Verfassungsurkunde angesehen werden sollten. Wir glauben nicht, daß diese Konsequenz begründet wäre. Die Ansicht der Versammlung kann nur insoweit als konstatirt angesehen werden, als sie sich über die einzelne Frage in ihrer Gesammtheit ausgesprochen hat. Ein Ausspruch der Versammlung über diese Frage fand aber nicht statt, denn für die Ablehnung des Antrags des Freiherrn v. Ow konnte sich auch unbedingt Der aussprechen, welcher der von dem Vicepräsidenten allein ausgesprochenen Ansicht hinsichtlich der Rentbeamten nicht beitrat, indem er ebendeßhalb die Streichung dieser Stelle nicht für erforderlich hielt. Die Ansicht eines einzelnen, wenn auch in der Versammlung noch so bedeutenden, Mitgliedes kann das Erforderniß des ausdrücklichen Ausspruches der Gesammtheit nicht ersetzen, am Wenigsten ist dies aber auf die Grundlage eines Protokolls hin möglich, das nicht, wie die heutigen Protokolle, auf den Grund stenographischer Aufzeichnungen gefertigt worden ist. Man ist daher für die nähere Bestimmung der Frage, was unter Privatdienstherrschaft zu verstehen sey, auf die gewöhnlichen Regeln der Interpretation hingewiesen. Nun erkennen wir hiebei den in den einzelnen Legitimationsfällen ausgesprochenen Grundsatz, daß der Begriff der Privatdienstherrschaft im Sinne der Verfassungsurkunde als eine Beschränkung der Wahlfreiheit strikte zu interpretiren sey, vollkommen an. Wir halten diesen Grundsatz um so mehr für richtig, als nach dem §. 142 der Verfassungsurkunde der hiedurch geschaffene Ausschließungsgrund nicht allein für das aktive, sondern auch für das passive Wahlrecht gelten soll, woraus von selbst folgt, daß die Verfassungsurkunde nicht die Absicht hatte, im Hinblick auf die Wichtigkeit des Berufs eines Abgeordneten etwas Eminentes anzuordnen. Eine Bestimmung in dem Sinne und der Ausdehnung, in der sie nach Mohl a. a. O. gelten soll, haben wir in keiner deutschen

Digitized by Google

Verfassungsurkunde gefunden. Die deutschen Verfassungsurkunden und Wahlgesetze, so weit sie überhaupt diese Frage berühren, und sich nicht auf das beschränken, daß sich der Wahlberechtigte nicht unter Curatel oder väterlicher Gewalt befinden dürfe, schließen wegen der sonstigen Unselbstständigkeit nur Diejenigen von dem aktiven Wahlrechte aus, welche bei einem Andern als Dienstboten in Kost und Lohn stehen. So das königl. hannover'sche Gesetz vom 5. September 1848, §. 42: „mit Ausnahme Derer, welche in Kost und Lohn eines Andern stehen." Die großh. badische Wahlordnung vom 23. Dezember 1818, §. 43, sagt, daß aktiv wahlfähig alle am Wahlort als Bürger Angesessene seyen, und fährt fort: „Ausgeschlossen sind also bloß Hintersaßen, Gewerbegehilfen, Gesinde, Bedienten u. s. w.," und bestimmt in §. 65 blos, daß Landes-, Standes- und grundherrliche Bezirksbeamte, Pfarrer, Physici und andere weltliche und geistliche Lokaldiener als Abgeordnete nicht von den Wahlbezirken gewählt werden können, wozu ihr Amtsbezirk gehört. Die Verfassung des Großherzogthums Hessen vom 17. Dez. 1820 sagt: „die Ausübung des Staatsbürgerrechts wird gehindert ... 4) für Diejenigen, welche für die Bedienung der Person oder der Haushaltung eines Andern Kost oder Lohn empfangen, während der Dauer dieses Verhältnisses." Eine weitere hieher ziehende Beschränkung hinsichtlich des aktiven, wie passiven Wahlrechts hat sie nicht. Die Verfassung für das Herzogthum Holstein vom 11. Juni 1854, §. 19, Punkt 4) sagt: „Wer ... in dem der Wahl vorhergehenden zweijährigen Zeitraum in einem Privatdienstverhältniß gestanden ist, ohne seinen eigenen Heerd zu haben, ... ist von der Theilnahme aus den Wahlen ausgeschlossen." Das Grundgesetz des Herzogthums Sachsen-Altenburg vom 29. April 1831, §. 89 bestimmt: „Das Staatsbürgerrecht kann vorübergehend nicht ausgeübt werden ... c) für Diejenigen, welche für die Bedienung der Person oder

Digitized by Google

der Haushaltung eines andern Privatmannes Kost oder Lohn empfangen, während der Dauer dieses Abhängigkeitsverhältnisses. Das Staatsbürgerrecht ist zur aktiven wie passiven Wahlberechtigung erforderlich." Das Staatsgrundgesetz für die Herzogthümer Sachsen-Coburg und Gotha vom 3. Mai 1852 bestimmt in §. 27: „Die nach Verfassung und Gesetz bestehenden staatsbürgerlichen Rechte können vorübergehend nicht ausgeübt werden ... c) Von den Dienstboten und Handwerksgesellen ohne einen eigenen Hausstand, sowie den Handlungs- und anderen Geschäftsgehilfen, welche keinen eigenen Hausstand haben, oder sich im Brod ihrer Handlungs- oder Geschäftsherren befinden." Das Wahlgesetz des Herzogthums Braunschweig vom 23. Nov. 1851 §. 4, Punkt 3, verlangt nur, daß der Wähler einen eigenen Hausstand habe, oder in selbstständigen Verhältnissen lebe. Die Verfassung des Großherzogthums Oldenburg vom 22. Nov. 1852 §. 2 setzt fest: „Als selbstständig ist nicht anzusehen: 3) der ohne einen eigenen Heerd bei Andern in Kost und Lohn steht." Das fürstl. reussische Wahlgesetz vom 14. April 1852 §. 11 besagt: „Als unselbstständig sind von der Wahl ausgeschlossen: 1) Haussöhne, 2) Dienstboten und Handwerksgesellen, die keinen eigenen Hausstand haben, 3) Handlungs- und andere Geschäftsgehilfen, welche keinen eigenen Hausstand haben, oder sich im Brode ihres Handlungs- und Geschäftsherrn befinden." Nur die Konstitutionsergänzungsakte der freien Stadt Frankfurt vom 19. Juli 1816 sagt, daß zu Mitgliedern des gesetzgebenden Körpers nicht gewählt werden dürfen: „wer in besoldeten Diensten eines Privaten stehe." (Art. 12, Punkt 2.) Allein diese Bestimmung gilt dort nur für das passive, nicht für das aktive Wahlrecht. Ließe sich bei dem ersteren eine solche ängstliche Bestimmung am Ende eher noch rechtfertigen, obgleich sie bei einer Vertretung von 93 Mitgliedern, wie sie die Kammer der Abgeordneten zählt, alles vernünftige Maß überschreitet, und findet sie am Ende für

Digitized by Google

ein Gemeinwesen, wie das in Frankfurt, ihre Rechtfertigung darin, daß es sich hier nur um 45 Vertreter handelt, und die Interessen des Gemeinwesens auf einem kleinen Gebiet hart an die Privatinteressen streifen, so fehlt jede denkbare Rechtfertigung für diese Beschränkung bei dem aktiven Wahlrecht; denn die wenigen Rentbeamten oder gutsherrlichen sonstigen Beamten, welche ein Oberamt zählt, werden doch nicht im Stande seyn, das Wahlresultat eines Bezirkes zu beherrschen. Hat ja doch die Verfassungsurkunde nicht einmal für nöthig erachtet, die Bestimmung des §. 146, nach welcher Staatsdiener nicht innerhalb des Bezirks ihrer Amtsverwaltung, Kirchendiener nicht innerhalb des Bezirks, in dem sie wohnen, gewählt werden können, auf das aktive Wahlrecht auszudehnen. Je weniger eine solche Bestimmung sich irgend vernünftiger Weise begründen läßt, um so mehr ist man unseres Erachtens darauf angewiesen, genauer zu prüfen, ob denn auch dieser Paragraph eine so weit gehende Bestimmung in der That enthalte? Sehen wir dieselbe genauer an. Zuerst wird gesagt, daß ein Mitglied der Ständeversammlung weder unter väterlicher Gewalt noch unter Vormundschaft stehen dürfe. Es ist hiemit nicht mehr und nicht weniger ausgesprochen, als das, daß das Mitglied der Ständeversammlung sui juris, rechtlich selbstständig seyn müsse. Wenn nun die Verfassungsurkunde weiter die Worte beifügt, „noch unter Privatdienstherrschaft", so ist man schon hiedurch darauf hingewiesen, in diesen Worten etwas dem Vorausgehenden Analoges, eine durch dieses Verhältniß herbeigeführte Beeinträchtigung der bürgerlichen Selbstständigkeit zu suchen. Mit vollem Rechte hat unseres Erachtens ein Theil der Legitimationskommission bei der Frage über die Legitimation des Abgeordneten Hölder von Besigheim[14] Folgendes für den Begriff der Privatdienstherrschaft geltend

[14] Verh. v. 1856, I. Beil.-Bd., S. 52.

Digitized by Google

gemacht: Das entscheidende Motiv für die Legitimation des Abgeordneten Hölder besteht darin, „daß die Verfassungsurkunde in §. 135, Ziff. 4 nicht sagt, ein Mitglied der Ständeversammlung dürfe nicht in einem Privatdienstverhältnisse stehen, sondern es dürfe nicht unter „Privatdienstherrschaft stehen. Es genügt, um Jemanden „die staatsbürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechte zu „entziehen, nicht, daß derselbe in einem obligatorischen „Verhältnisse zu einem Privaten sich befindet, vermöge „dessen er zu bestimmten fortlaufenden Diensten gegen „Vergütung, gleichviel ob diese stückweise oder in einer „fixirten Bauschsumme geschieht, sich verpflichtet hat, sondern es muß dieses Verhältniß eine persönliche Unterordnung, die des Dieners unter den Herrn, begründen, wobei — sey es durch die Bestimmungen des „Rechts oder durch die gesellschaftliche Stellung des Herrn „— eine Art von Verfügungsgewalt über die Person, „eine Art potestas besteht, wie eine solche Verfügungsgewalt der Vater oder der Vormund besitzen, denen in „der Verfassung der Dienstherr angereiht ist. Der Begriff der Privatdienstherrschaft ist nun freilich kein rechtlich bestimmter; aber eben deßwegen müssen auch die „Beispiele, welche man in der konstituirenden Versammlung zu Ludwigsburg bei Berathung der fraglichen Verfassungsbestimmung als Fälle der Privatdienstherrschaft „bezeichnet hat, zum Leitfaden dienen. Es sind damals „die Substituten, Commis, Privatsekretäre, Rentbeamten „genannt worden. Bei diesen findet sich in einem gewissen „Grade ein ähnliches persönlich untergeordnetes Verhältniß, wie bei dem Hausgesinde zum Hausherrn, oder „bei den Gewerbegesellen zum Meister. Hinsichtlich der „Rentbeamten kann dieses Verhältniß schon Zweifel erregen, deßhalb hat auch in der Sitzung vom 17. September 1819 der Abgeordnete Lang gefragt, was ist „Privatdienstherrschaft, sind darunter blos Domestiken, „oder auch die adeligen Rentbeamten begriffen? — eine

„Frage, welche gar nicht denkbar ist, wenn man davon „ausgegangen wäre, Privatdienstherrschaft sey gleichbedeu„tend mit Privatdienstverhältniß. In derselben Sitzung „gab Freiherr v. Varnbüler als einzigen Grund für seine „Zustimmung zu der erwähnten Verfassungsbestimmung „an: es widerspreche seinem Gefühle, daß Herr und Die„ner in einer und derselben Kammer sitzen sollen. Wenn „man nicht zu dem Begriffe Privatdienstherrschaft das „Merkmal einer gesellschaftlichen Unterordnung fordert, „sondern dieses Wort gleichbedeutend mit Privatdienst„verhältniß nimmt, so muß man einer Menge von Per„sonen die Befähigung zum Eintritt in die Ständever„sammlung absprechen, welche man seit dem Bestand der „Verfassung bisher ohne alle Beanstandung gelassen hat. „Der Chef eines industriellen Unternehmens z. B., wel„cher für seine persönlichen Dienstleistungen einen beson„dern Gehalt bezieht, stände unter der Privatdienstherr„schaft der Theilhaber jenes Unternehmens, deßgleichen „der Mitbesitzer eines Ritterguts, welcher die Verwal„tung übernommen hat, und dafür eine besondere Ver„gütung erhält, unter der Privatdienstherrschaft des Mit„besitzers. Die Unnatürlichkeit einer solchen Auslegung „der Verfassungsurkunde hat dahin getrieben, mehrere „Unterscheidungen aufzusuchen, je nach der Größe der „Dienstgehalte, nach den sonstigen Subsistenzmitteln des „Gewählten u.s.w., Unterscheidungen, welche ebenso willkür„lich, als wegen ihrer Dehnbarkeit gefährlich sind. Auch „bei der angegebenen Auffassung von Privatdienstherrschaft „könnte es allerdings geschehen, daß im einzelnen Falle „Zweifel entstünden, ob dieselbe vorhanden sey, oder „nicht; aber alsdann müßte man sich immer gegen die „Entziehung des staatsbürgerlichen Wahl- und Wählbar„keitsrechts aussprechen, weil diese ein Ausnahmezu„stand ist. Bei der Anwendung des Vorstehenden auf „den Abgeordneten von Besigheim kann dessen Wählbar„keit gar nicht dem mindesten Zweifel unterliegen; man

Digitized by Google

„würde sich vergebens nach dem Herrn umsehen, welcher „möglicherweise in derselben Kammer mit dem Rechtskon„sulenten Hölder als seinem Diener zu sitzen kommen „könnte.“ Wir glauben ganz gewiß, daß die Legitimationskommission und ihr nachgehend die Kammer der Abgeordneten mit Recht sich für die Nichtanwendbarkeit des Begriffs der Privatdienstherrschaft auf den Abgeordneten von Besigheim ausgesprochen hat, allein mit demselben Rechte wird man sich überhaupt für eine nähere Bestimmung des Begriffs der Privatdienstherrschaft entscheiden müssen, als solcher inzwischen da und dort festgehalten worden ist. Wenn die damaligen Mitglieder der Legitimationskommission es widernatürlich gefunden haben, daß der von ihnen bezeichnete Chef eines industriellen Unternehmens von der Kammer der Abgeordneten ausgeschlossen wird, so wäre es nicht minder widernatürlich, wenn dasselbe Loos den häufig angesehenen Domänendirektor einer größeren fürstlichen Herrschaft, oder den Domänenrath einer solchen treffen würde, und wie wäre unter den gegebenen Verhältnissen der Leibarzt eines solchen Fürsten anzusehen, der neben dem Gehalt, den er von seinem Fürsten für seine Funktion als Leibarzt bezieht, noch eine ärztliche Praxis hat? oder der fürstliche oder adelige Domänenrath, der als Justitiar der Domänenkanzlei gegen Gehalt funktionirt, dem aber nebenbei, da sein Amt seine Zeit nicht vollkommen ausfüllt, gestattet ist, als Rechtsanwalt zu funktioniren? Sollen sie auch als unter Privatdienstherrschaft stehend angesehen werden? Wie soll es ferner angesehen werden in dem auch schon vorgekommenen Falle, daß über ein adeliges Gut oder eine ganze Standesherrschaft der Konkurs ausbricht, und die Administration Namens der Masse dem Domänendirektor oder dem Rentbeamten übertragen wird? Man wird geneigt seyn, und konsequenter Weise mit der hier aufgestellten Thesis geneigt seyn müssen, für solche Fälle Ausnahmen zu machen. Man wird sagen, jener Leibarzt oder jener Domänenrath

Digitized by Google

habe die Wurzel seiner Existenz zugleich in einem andern Boden, als dem seines Dienstverhältnisses, allein hiemit reicht man sicher nicht aus, denn jener Leibarzt und jener Domänenrath dürfen sich der Praxis, jener als Arzt, dieser als Rechtsanwalt nicht weiter widmen, als ihnen dies ihr Amt gestattet; dieses bildet für sie die Hauptsache. Man wird weiter geltend machen, daß ein Arzt, der einem Fürsten seine Dienste widmet, ihm keine anderen, als seine ärztlichen Dienste widme; allein der Domänenrath, der als Justitiar funktionirt, widmet seinem Herrn auch nur diese Dienste, und der Rentbeamte, welcher die Verwaltung der Güter besorgt, die Rechnung über Einnahme und Ausgabe führt, verpflichtet sich durch seine Anstellung auch nur zu diesen Geschäften und nicht zu andern beliebigen Diensten, wie Pferdewartung oder Lakaiendienst. Gerade hierin in den bestimmten Diensten und in der sonstigen Stellung, die der in einem Privatdienstverhältnisse Stehende hat, erkennen wir mit jenen Votanten der Legitimationskommission das entscheidende Kriterium für die Frage: wer als in einem Privatdienstverhältnisse im Sinne der Verfassungsurkunde stehend anzusehen ist? Jene Votanten der Kommission haben unseres Erachtens ganz recht, wenn sie dieses Dienstverhältniß zunächst mit dem Verhältniß des Gesindes zum Dienstherrn und des Gesellen zum Meister in Parallele stellen. Sie verwerfen mit vollem Recht die Behauptung Derjenigen, welche das entscheidende Kriterium darin suchen, ob der Privatdiener einen größeren oder kleineren Theil seines Einkommens aus dem Privatdienstverhältnisse erhalte, sie legen mit allem Recht darauf Gewicht, daß der Dienstherr eine Art häuslicher Gewalt über den betreffenden Diener haben müsse, aber sie ziehen hieraus nicht die aus diesen Prämissen allein zu ziehende Konsequenz, die Konsequenz nämlich, daß eben damit der Vicepräsident v. Weishaar und der Freiherr v. Varnbüler den Begriff des Privatdienstverhältnisses unrichtig

Digitized by Google

aufgefaßt haben, wenn sie die adeligen Rentbeamten auch darunter subsumirten, indem sie sich durch etwas hiebei irre führen ließen, was dem ganzen Zusammenhange nach, in welchen dieses Verhältniß mit der Vormundschaft und der väterlichen Gewalt gebracht ist, nicht das entscheidende Motiv für die Bestimmung der Verfassungsurkunde gebildet hat. Das Moment der Entlaßbarkeit nämlich, das hier geltend gemacht worden ist, hat seine zwei Seiten. Wie es auf der einen Seite den Herrn nicht an die Person des Dieners bindet, so bindet es auch den Diener nicht an die Person des Herrn, vielmehr kann der letztere eben hiedurch auch das Dienstverhältniß jeden Augenblick lösen. Gerade aber in diesem Recht der ihm jederzeit zustehenden Lösung liegt für ihn zugleich eine größere Freiheit. Auf dieses Moment ist deßhalb mit Unrecht von Seite des damaligen Wortführers der konstituirenden Versammlung ein besonderes Gewicht gelegt worden. Steht aber das Beispiel, das er geltend gemacht hat, mit dem im Widerspruch, was sich nach den Grundsätzen der grammatischen und logischen Interpretation als der Sinn des Wortes ergibt, daß unter Privatdienstherrschaft nur ein solches Privatdienstverhältniß verstanden werden kann, durch welches der Betreffende seine Person in ähnlicher Weise zur Verfügung des Dienstherrn stellt, wie der Haussohn zum Vater oder der Bevormundete zum Vormund, daß er also, wie die übrigen deutschen Verfassungen sich ausdrücken, entweder zum Gesinde desselben gehört, oder zu der Familie desselben, indem er seinen Unterhalt im Haushalt des Herrn selbst erhält, so kann die Unrichtigkeit dieses Beispiels nicht die Folge haben, daß dasselbe dennoch als Norm für die Entscheidung der Frage benützt wird. In dieser Frage kann unseres Erachtens nur Das gerechtfertigt seyn, daß man entweder den Ausdruck in seiner Allgemeinheit auffaßt, und demgemäß konsequent Jeden für ausgeschlossen ansieht, der in einem Privatdienstverhältniß steht, weil er alsdann auch eine

Digitized by Google

Privatdienstherrschaft hat, mag dieses aus einem Einzelnen oder Mehreren bestehen, denn es heißt unter Privatdienstherrschaft nicht Privatdienstherrn, oder daß man die Bestimmung in ihrem Zusammenhang mit den gleichfalls angeführten Fällen der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft auffaßt, dann muß man aber auch die sich hieraus ergebenden Konsequenzen ganz und vollständig ziehen und sich durch ein in der Lebhaftigkeit der Debatte auf leichterklärliche und ebendeßhalb vollkommen entschuldbare Weise hineingeworfenes Beispiel wie das von dem Rentbeamten nicht beirren lassen.

---

10) Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz.

(Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey.)

Die in vorstehendem Aufsatz behandelte Frage hat in neuerer Zeit ein erhöhtes praktisches Interesse gewonnen; wohl vornemlich dadurch, daß in Folge des gewerblichen und industriellen Aufschwungs die Fälle sich vermehrt haben, in welchen Einzelne aus hervorragenden Stellungen und unter bedeutenden Verhältnissen in Privatdienste treten. Es wird daher jeder Versuch, den Sinn der vielfach bestrittenen Bestimmung des §. 135 Ziff. 4 der Verfassungs-Urkunde in einer festen, objektiv bestimmten Formel auszudrücken, willkommen seyn. Daß die vorstehende Ausführung zu einem Grundsatz gelangt, welcher die Möglichkeit von Schwankungen und Inkonsequenzen in seiner Anwendung ausschließt, kann nicht in Abrede gezogen werden und Niemand wird daher das Verdienst unterschätzen, welches diese Ausführung, die erstmals einen vollständigen Ueberblick über alle seit der Verfassung vorhandenen Vorgänge gibt, um die Feststellung der aufgeworfenen Frage hat. Allein schon der Umstand, daß diese Ansicht, wornach der §. 135 Ziff. 4

Digitized by Google

der Verfassungs-Urkunde nur auf die in Kost und Wohnung der Dienstherren stehenden Privatbediensteten Anwendung finden soll, bis jetzt sonst weder innerhalb noch außerhalb der Ständeversammlung eine Vertretung gefunden hat, muß es zweifelhaft machen, ob hiemit wirklich der Sinn und die Absicht des Gesetzes ausgedrückt ist und die Begründung selbst scheint dieses Bedenken nicht beseitigen zu können. Die Schlußfolgerung des vorstehenden Aufsatzes beruht auf der Voraussetzung, daß das einzige Verhältniß, welches eine wirklich persönliche Abhängigkeit des Bediensteten von dem Dienstherrn objektiv begründe, das der Kost- und Wohnungsreichung sey, daß wenigstens für alle andern Arten von Privatdienstverhältnissen in den bisher zur Erörterung und Entscheidung gekommenen Fällen sich Beispiele finden lassen, in welchen die Unanwendbarkeit der fraglichen Bestimmung anerkannt worden sey. Von der Richtigkeit dieses wesentlichen Theils des vorstehenden Aufsatzes konnte sich der Verfasser dieser Bemerkungen nicht überzeugen und es wird daher bei der Wichtigkeit des Gegenstandes, welche auch die Vertretung einer abweichenden Ansicht wünschenswerth erscheinen lassen muß, gestattet seyn, eine Darstellung und Rechtfertigung der von der vorstehenden Ausführung abweichenden bisherigen Praxis der Ständeversammlung, welche namentlich in der 10. Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 5. März 1856 [1] sehr eingehend erörtert worden ist, zu versuchen, ohne aber behaupten zu wollen, daß nicht auch gegen diese Auffassung manche Bedenken sich aufdrängen.

Das Motiv, welches den Gesetzgeber geleitet hat, konnte nur die Absicht seyn, von der Volksvertretung alle diejenigen Persönlichkeiten auszuschließen, bei welchen die Selbstständigkeit und die Unabhängigkeit der Ueberzeugung, sowie die Freiheit der Meinungsäußerung aus

[1] Prot. d. Verh. d. K. der Abg. v. 1856—57, Bd. I. S. 127 f.

Digitized by Google

irgend einem in ihren Dienstverhältnißen liegenden Grund beengt erscheint. Wer unter Privatdienstherrschaft steht, hat in der Verfassung-berathenden Kammer der Vicepräsident v. Weishaar zur Vertheidigung des Verfassungsentwurfs gesagt, dem fehlt es durchaus an der nöthigen Freiheit und Selbstständigkeit. Wenn die Verfassungsurkunde a. a. O. die unter Privatdienstherrschaft stehenden Personen von der passiven Wahlfähigkeit ausschließt, so hat sie also hiebei an ein Subjektionsverhältniß, ein Abhängigkeitsverhältniß gedacht. Dieser Gedanke hat auch durch die Worte selbst einen klaren Ausdruck erhalten. Die Verfassungsurkunde sagt nicht, wer in Privatdienstverhältnissen, sondern, wer „unter Privatdienstherrschaft" steht, entbehrt des passiven Wahlrechts. Es wollte also nicht Jeder, welcher sich überhaupt einer Privatperson gegenüber gegen eine Gegenleistung zu Dienstleistungen verpflichtet hat, sondern nur Derjenige, welcher unter Privatdienstherrschaft sich begeben hat, ausgeschlossen werden. Die Worte der Verfassungsurkunde weisen selbst, wie die erläuternden Bemerkungen bei ihrer Berathung darauf hin, daß eine gewisse Qualifikation des Dienstverhältnisses vorausgesetzt wurde, daß das Dienstverhältniß vom Standpunkt des Dienstherrn aus betrachtet, eine Herrschaft, oder vom Standpunkt des Bediensteten aus betrachtet, eine Unterwerfung, ein Abhängigkeitsverhältniß begründen müsse, um die passive Wahlfähigkeit zu entziehen. Dieß erkennt auch der vorstehende Aufsatz im Grundsatz an und ist stets als feststehend angenommen worden. Die Schwierigkeit und die Zweifel beginnen erst bei der Anwendung, bei der Entscheidung der Frage, welche Privatdienstverhältnisse solche sind, die die Unterwerfung einer Person unter die Herrschaft eines Andern begründen. Während von der Einen Seite jedes Privatdienstverhältniß, wenn es nur überhaupt die wesentliche Grundlage des Erwerbs des Bediensteten bildet, als ein Abhängigkeitsverhältniß prädizirt wird,

Digitized by Google

wird von der andern Seite bestritten, daß in diesen Fällen ausnahmslos die von der Verfassungsurkunde vorausgesetzte Unterwerfung unter Privatdienstherrschaft zutreffe. Während aber der vorstehende Aufsatz hierin so weit geht, hievon alle Dienstverhältnisse, außer den mit Kostreichung und Einräumung der Wohnung verbundenen, auszunehmen, ist wenigstens in der Kammer der Abgeordneten und auch von Seiten der Regierung bis jetzt niemals widersprochen worden, daß es auch Privatdienstverhältnisse ohne dieses Merkmal gebe, welche unter das in Frage stehende Gesetz fallen. Dieß beweisen die in vorstehendem Aufsatz selbst angeführten Kammer-Beschlüsse und Aeußerungen einzelner Mitglieder, sowie der Regierungsorgane.

Prüft man nun die bisherige Uebung näher, so wird man finden, daß stets die Umstände des einzelnen Falls nach allen Seiten geprüft wurden, um hiernach zu entscheiden, ob derselbe unter das Gesetz falle, oder nicht, und dieß scheint das Richtige zu seyn. Ob durch ein Dienstverhältniß ein Subjectionsverhältniß, wie es die Verfassungsurkunde nach Obigem voraussetzt, begründet wird, ist eine Thatfrage. Bei der Mannigfaltigkeit der Privatdienstverhältnisse ist es daher überhaupt nicht möglich, einzelne Kategorien von Dienstverhältnissen zu bezeichnen, welche unter den Begriff der Privatdienstherrschaft fallen. Das Richtige scheint allein darin zu liegen, das concrete Verhältniß in seiner Totalität zum Ausgangspunkt zu nehmen, und alle einzelnen Momente desselben und ihr Verhältniß zu einander in der Richtung zu prüfen, ob sich hiernach das Urtheil rechtfertigt, daß ein Subjectionsverhältniß vorliege. Daß hiemit den Kammern, welche die Legitimationsfragen im eigenen Ressort zu prüfen haben, eine der richterlichen Thätigkeit analoge Funktion, die Subsumtion des einzelnen Falls nach allen seinen Momenten unter das Gesetz zugewiesen ist, kann hiegegen Nichts beweisen. Denn dieß trifft bei allen Legiti-

Digitized by Google

mationsfragen zu und wenn nach der Fassung des Gesetzes hierin dem arbiträren Ermessen ein größerer Spielraum eingeräumt ist, als vielleicht bei solchen Fragen wünschenswerth erscheint, so berechtigt dieß doch nicht, diesem Ermessen Schranken zu ziehen, welche das Gesetz selbst nicht gezogen hat. Eine solche Schranke würde aber der in vorstehendem Aufsatz enthaltene Grundsatz aufstellen. Denn es liegt weder in dem Wortlaut des Gesetzes noch in den in der verfassung-berathenden Versammlung hiezu gegebenen Erläuterungen, noch in den späteren Verhandlungen der Ständeversammlung ein genügender Anhaltspunkt dafür, daß nur die in Kost und Wohnung des Privatdienstherrn stehenden Bediensteten sich unter eine Privatdienstherrschaft begeben haben. Es gibt Verhältnisse, welche ohne jede häusliche Gewalt weit drastischer und einschneidender auf die Selbstständigkeit des Individuums wirken, als der zufällige Umstand, daß dasselbe im Hause und am Tische seines Dienstherrn vertragsmäßig eine Stelle hat. Wenn die ganze Thätigkeit und die ganze Existenz eines Familienvaters auf seinem Dienstverhältniß zu einer Privatperson beruht, so wird Niemand bezweifeln, daß derselbe zumal dann, wenn das Verhältniß ein kündbares ist, in einem viel strenger fesselnden Abhängigkeitsverhältniß sich befindet, als der Gewerbsgehilfe, der Kost und Wohnung bei seinem Geschäftsherrn hat. Es scheint mir hiernach auch nicht einmal ein innerer Grund für jene Beschränkung zu sprechen, deren Folge wäre, daß z. B. entlaßbare Rentbeamte, welche ohne Widerspruch von irgend einer Seite bei Berathung des fraglichen Verfassungsparagraphen als Beispiele für denselben angeführt wurden, im Widerspruch hiemit gleichwohl zuzulassen wären, während der Geschäftsführer in dem bedeutenden Geschäft einer Wittwe, wenn er zufällig zugleich Kost und Wohnung bei derselben hätte, ausgeschlossen wäre, obgleich derselbe durchaus und in allen Beziehungen unabhängig von dem Willen derselben gestellt seyn kann.

Digitized by Google

Die theoretische Untersuchung der vorliegenden Frage wird sich hiernach darauf zu beschränken haben, einzelne Gesichtspunkte zu bezeichnen, nach welchen das ausschließende Subjektionsverhältniß als thatsächlich vorhanden zufolge der Natur der Sache und der bisherigen Anwendung des Gesetzes sich darstellt, sie wird aber darauf verzichten müssen, die Fälle der Anwendbarkeit des Gesetzes in einer bestimmten Formel zu erschöpfen.

Bei der Darstellung dieser Gesichtspunkte ist es vor Allem nothwendig, negativ zwei Gesichtspunkte auszuscheiden, welche niemals das Urtheil bestimmen können und durch deren Ausschließung von vornherein viele Zweifel und Bedenken beseitigt werden. Einmal kann selbstverständlich die Persönlichkeit des Gewählten nach der einen oder andern Richtung zu einem Bestimmungsgrund nicht gemacht werden. Immer sind es nur die objektiven Verhältnisse, nach welchen zu entscheiden ist.

Sodann muß ebenso die Möglichkeit der Auflösung des Verhältnisses und die Erwägung, daß der Einzelne die Rücksicht auf die ihm hieraus erwachsenden Nachtheile auf seine Handlungsweise bestimmend einwirken lasse, von den maßgebenden Gesichtspunkten ausgeschlossen werden. Das Interesse, welches der Bedienstete daran hat, mit der Fortdauer des Dienstverhältnisses die Belohnung hiefür fortzubeziehen, kann aus zwei Gründen für die Anwendbarkeit des §. 135 Ziff. 4 nicht entscheidend seyn. Einmal gibt es überhaupt keinen Gradmesser, um zu bestimmen, in welchem Verhältniß die Belohnung zu dem Ertrag des ganzen Erwerbs stehen müsse, um sagen zu können, der Wunsch, diesen Vermögensvortheil sich zu erhalten, bringe einen Zustand der Abhängigkeit hervor. Sodann macht die Verfassungsurkunde die Lage, in welche der Bedienstete durch das Dienstverhältniß versetzt ist, das bestehende Verhältniß, nicht aber die Möglichkeit seiner Auflösung und die hieraus sich ergebende Gefahr für die Unabhängigkeit der Ueberzeugung zum ent-

Digitized by Google

ſcheidenden Merkmal. Hieraus folgt, daß die Frage, ob ein Dienſtverhältniß vertragsmäßig von Seiten des Dienſtherrn kündbar iſt oder nicht, von keinem Einfluß ſeyn kann. Eine Aeußerung des Vicepräſidenten Weishaar in der verfaſſung-berathenden Verſammlung läßt es allerdings zweifelhaft, ob derſelbe hierin nicht eine andere Anſicht hatte.

Die entſcheidenden Geſichtspunkte können hiernach nur die Art und Weiſe, und der Umfang der Dienſtleiſtung, die hiemit zuſammenhängende und hiedurch bedingte Stellung des Bedienſteten zu dem Dienſtherrn und die Einkommensverhältniſſe ſeyn. In denjenigen Fällen, in welchen eine Perſon ihre ganze Arbeitskraft mit der Verpflichtung, die Weiſungen des Dienſtherrn in dem Kreis der dienſtlichen Thätigkeit zu befolgen, einer Privatperſon zugeſagt hat und mithin ihre ganze erlaubte Erwerbsquelle in der von dieſer zu beziehenden Belohnung findet, kann wohl kaum beſtritten werden, daß ſich der Bedienſtete in einem Subjektions-, einem Abhängigkeitsverhältniß befinde, daß er „unter Privatdienſtherrſchaft“ ſteht. Der Dienſtherr kann ihm in dieſen Fällen, wenn gleich nur in einem feſtbegrenzten Kreiſe, befehlen und er iſt vertragsmäßig verpflichtet, zu gehorchen. Wenn ſich dieſes Verhältniß auf die ganze Thätigkeit eines Mannes, auf die Uebung ſeiner ganzen Arbeitskraft in ihrem gewöhnlichen Umfang erſtreckt, ſo hat hiedurch der Dienſtherr einen Einfluß auf die Handlungsweiſe des Bedienſteten, für welchen die Sprache kein bezeichnenderes Wort als das Wort „Herrſchaft“ kennt. Hieran ändert es Nichts, ob die Perſönlichkeit des Dienſtherrn und des Bedienſteten dieſes objektiv begründete Vertragsverhältniß modificirt. Die Abhängigkeit liegt nicht in dem pſychologiſchen Moment des Intereſſes und der Rückſichten auf den Dienſtherrn, ſondern in der objektiven Thatſache, daß der Bedienſtete, ſo lange er ſeine vertragsmäßigen Pflichten

Digitized by Google

erfüllt, durch den Willen eines dritten in dem größten Theil seiner Handlungssphäre, in seiner ganzen Berufsthätigkeit, bedingt ist. So muß sich der Bedienstete, um nur Eine Seite dieser Abhängigkeit anzuführen, dem Befehl des Dienstherrn unterwerfen, wenn dieser ihm den Urlaub verweigert oder den ertheilten Urlaub zurückzieht. Er kann allerdings das Verhältniß lösen oder den Gehorsam verweigern. Aber so lange es nicht gelöst ist, und so lange der Bedienstete den Vertrag nicht verletzt, was das Gesetz nicht voraussetzen darf, besteht diese Abhängigkeit, diese Herrschaft des Dienstherrn über den Bediensteten. Es lassen sich an diese Eine Folge noch weitere Beispiele von Kollisionsfällen anreihen. Der Vertreter einer Aktiengesellschaft kann beauftragt werden, sich in ein gewisses Vertragsverhältniß mit dem Staat einzulassen. Er hat in Vollziehung dieses Auftrags den Befehl des Ausschusses oder der Gesellschaft zu befolgen, auch wenn der Auftrag gegen seine Ueberzeugung geht und wenn er als Abgeordneter gegen den Vertrag gestimmt wäre. Ein standesherrlicher Beamter kann in die Lage versetzt werden, ein Gesetz, welchem er als Abgeordneter zuzustimmen sich verpflichtet erachten würde, auf Befehl seines Dienstherrn anzugreifen u. s. f. Es wird keines Beweises bedürfen, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit solcher Kollisionen ausschließen wollte und, wie gezeigt, ist dies durch den gewählten Ausdruck in unzweideutiger Weise geschehen. Hieraus scheint mir hervorzugehen, daß der Rentbeamte, das Mitglied einer standesherrlichen Domänendirektion, der Direktor einer Privatgesellschaft, welche sämmtlich, wohl ausnahmslos, ihre ganze Arbeitskraft dem Auftraggeber zugesagt und die Befehle desselben zu vollziehen haben, auch wenn ihnen thatsächlich eine gewisse Freiheit der Bewegung eingeräumt ist, daß ebenso die Gewerbegehilfen, mögen sie Kost und Wohnung bei dem Geschäftsherrn haben oder nicht, als unter Privatdienstherrschaft stehend durch Ziff. 4 des Art. 135 von

Digitized by Google

der passiven Wahlfähigkeit ausgeschlossen sind. Schwieriger und zweifelhafter wird nun aber die Entscheidung in allen denjenigen Fällen, in welchen entweder nicht die ganze Arbeitskraft einer Privatperson vertragsmäßig zugesagt ist, oder in welchen die Art der Dienstleistung und die hieraus folgende Stellung der Bediensteten zu dem Geschäftsherrn dem Ersteren eine selbstständige, von dem Befehl des Letzteren unabhängige Thätigkeit nicht nur gestattet, sondern sogar zur Pflicht macht. Das Letztere ist beispielsweise der Fall bei dem Leibarzt, bei dem Rechtsrath, den Geistlichen, in der Regel auch bei dem Geschäftsführer. Wenn diese Dienstverhältnisse zugleich nicht die ganze Arbeitszeit der Bediensteten in Anspruch nehmen, jedenfalls dann, wenn die Thätigkeit nur den kleineren Theil der gesammten Geschäftsthätigkeit des Bediensteten bildet, kann nicht behauptet werden, daß derselbe unter Privatdienstherrschaft stehe. Einerseits bringt es in diesen Fällen seine vertragsmäßige Stellung mit sich, daß er nicht die Befehle des Dienstherrn gegen seine Ueberzeugung auszuführen hat, daß er vielmehr selbstständig zu handeln nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist. Andererseits ist der Bedienstete in diesen Fällen in der Verwendung seiner Zeit und seiner Arbeitskraft nicht an den Willen seines Dienstherrn gebunden, also auch nach dieser Seite frei und unabhängig in einem gewissen Maß. In diesen Fällen, bei welchen allerdings die Mannigfaltigkeit der möglichen Abstufungen kein allgemein maßgebendes Urtheil zuläßt, ist der Bedienstete der Regel nach wenigstens nicht mehr und nicht strenger durch den Willen eines Andern bedingt, als jeder Mensch überhaupt. Wollte man in diesen Fällen den §. 135, Ziff. 4 der Verfassungsurkunde für anwendbar erklären, so müßte der Kreis der Unfähigkeit viel weiter ausgedehnt werden, als die Verfassungsurkunde beabsichtigt haben kann. Es müßte das entscheidende Merkmal darin gefunden werden, ob Jemand zur

Zeit seiner Wahl verpflichtet ist, einer Privatperson gegen Belohnung Dienste zu leisten. Es würden mithin hiedurch alle Anwälte, Aerzte und ein großer Theil der Gewerbetreibenden ausgeschlossen. Denn der Umstand, ob Jemand einer Mehrzahl von Privatpersonen oder einer einzelnen Privatperson dient, ob etwa ein ausdrücklicher Vertrag für eine gewisse Zeit abgeschlossen ist, oder die Dauer der Dienstleistungen nur durch die Veranlassung und den Zweck in Folge einer stillschweigenden Uebereinkunft bestimmt ist, kann der Natur der Sache nach keinen Unterschied begründen, theils weil hier jeder Anhaltspunkt für die Abgrenzung fehlen würde, theils weil das rechtliche Verhältniß in allen diesen Fällen in dem wesentlichen Punkt, der Privatdienstleistung gegen Belohnung, dasselbe ist. So gewiß es aber ist, daß in diesen Fällen nicht davon gesprochen werden kann, daß der Einzelne sich unter Privatdienstherrschaft gestellt habe, so gewiß kann dieß von Demjenigen nicht gesagt werden, welcher mit voller Selbstständigkeit des Handelns, wie der Rechtsrath oder Rechtsbeistand, der Arzt, der Hausgeistliche u. s. f. einer Privatperson gegenüber verpflichtet ist, einen Theil seiner Arbeitskraft in ihrem Dienste und Interesse zu verwenden.

Hienach stellt sich die Frage so, ob nur in den Fällen, in welchen die ganze Arbeitskraft und zwar mit der Verpflichtung, im Kreise der Dienstleistungen die Befehle des Dienstherrn zu befolgen, zugesagt ist, die Unfähigkeit der Ziff. 4 des §. 135 begründet ist, oder ob das eine oder andere Moment für sich allein zureicht und ob nicht wenigstens dann, wenn der größere Theil der Arbeitskraft vermöge des Dienstverhältnisses in Anspruch genommen ist, dieser Umstand in Verbindung mit der vertragsmäßigen Unterwerfung unter die Weisungen des Dienstherrn bezüglich der Dienstleistung selbst als ein Herrschafts- und Subjektionsverhältniß im Sinne der Verfassungsurkunde zu betrachten ist. Es ist nicht wohl

Digitized by Google

möglich, über diese speziellen Fragen aus der bisherigen Praxis eine bestimmte Ansicht zu begründen, da über die Motive eines Kammerbeschlusses nicht abgestimmt wird und die Verhandlungen dieselben der Natur der Sache nach vielfach zweifelhaft lassen. Doch wird es wenigstens dieser Praxis nicht widersprechen, wenn folgende Sätze aufgestellt werden:

1) In allen denjenigen Fällen, in welchen der Bedienstete, seine ganze Arbeitskraft oder wenigstens einen solchen Theil derselben, daß die Erfüllung dieser seiner Pflicht ohne Vertragsverletzung oder spezielle Erlaubniß nicht mit seinen Pflichten als Mitglied der Ständeversammlung vereinbar ist, dem Interesse einer Privatperson, einem Einzelnen oder einer Mehrheit von Personen zu widmen sich verpflichtet hat, wird ein Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältniß im Sinne der Verfassungsurkunde angenommen, ohne Rücksicht darauf, ob der Bedienstete im Kreis seiner Dienstleistungen selbstständig zu handeln berufen oder die Befehle seines Dienstherrn zu befolgen verpflichtet ist. Der Grund hiefür liegt darin, daß ein solcher nicht frei über seine Zeit — nicht einmal insoweit verfügen kann, als dies zu Erfüllung der Pflichten eines Abgeordneten erforderlich ist, worin ein Abhängigkeitsverhältniß unzweifelhaft liegt. Hierher sind jedoch diejenigen Fälle nicht zu zählen, in welchen der Bedienstete nur seine Belohnung vermöge eines besondern Rechtstitels von einer Privatperson bezieht, dagegen einen von dem Interesse derselben unabhängigen Wirkungskreis hat, wie z. B. der standesherrliche Patrimonialrichter, der Patronatsgeistliche, der Patronatsschullehrer u. s. f. Ein solcher steht nicht in einem Privatdienstverhältniß, noch weniger also unter Privatdienstherrschaft.

Ebendeßhalb sind auch die Mitglieder der K. Hofkammer, deren der vorstehende Aufsatz gleichfalls erwähnt, selbstverständlich nicht als unter Privatdienstherrschaft stehend zu betrachten. Abgesehen davon, daß das Staats-

Digitized by Google

oberhaupt auch nach der Seite seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit zufolge der Auffassung der Verfassungsurkunde nicht Privatperson ist, erscheint, wie bekannt, die K. Hofkammer vermöge ihres Geschäftskreises als eine öffentliche Behörde mit selbstständiger Amtsgewalt. Aus der Zulassung von Mitgliedern derselben zu einem Sitz in der Ständeversammlung kann mithin für die vorliegende Frage keine Konklusion gezogen werden.

Dagegen ist hienach der Leibarzt, welchem die Privatpraxis untersagt ist, der Direktor einer Aktiengesellschaft, sowie der Geschäftsführer, welcher sich unter Verzicht auf einen sonstigen Erwerb verpflichtet hat, seine ganze Arbeitszeit der Gesellschaft oder dem Geschäft zu widmen, passiv nicht wahlfähig.

2) In gleicher Weise wird auch dann, wenn der Dienst nicht die ganze Arbeitskraft in Anspruch nimmt, ein Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältniß als vorhanden angenommen, wenn innerhalb des Kreises der Dienstleistungen, zu welchen der Bedienstete sich verpflichtet hat, derselbe die Weisungen des Dienstherrn zu befolgen vertragsmäßig verpflichtet ist. Dieß trifft der Natur der Sache nach bei dem Haus- oder Leibarzt, bei dem Rechtsrath und Rechtsbeistand, bei dem Hausgeistlichen, sehr häufig auch, aber nicht regelmäßig bei dem Geschäftsführer ganz entschieden nicht zu. Wenn also bei denselben nicht die unter 1) angeführte Voraussetzung vorliegt, so kann ein solcher nicht unter Art. 135 subsumirt werden. Entschieden trifft aber dieses Erforderniß z. B. bei dem Privatsekretär und bei dem Rentbeamten zu. In den meisten Fällen jedoch kann diese Frage nur nach dem bestehenden Vertragsverhältniß beantwortet werden. Der Redakteur eines Blattes z. B., das sich im Eigenthum eines Dritten befindet, kann gegenüber von diesem Dritten in seinen Redaktionsgeschäften sich zu einer solchen Abhängigkeit verpflichtet haben, daß er als unter dessen Dienstherrschaft stehend zu betrachten ist. Es kann ihm aber eine solche

Digitized by Google

Selbstständigkeit eingeräumt seyn, daß jeder Gedanke an ein Herrschaftsverhältniß verschwindet. Daß es von diesem Standpunkt aus möglich ist, durch fingirte Verträge das Gesetz zu umgehen, ändert selbstverständlich an dem gewonnenen Resultat nichts.

3) Wo weder die eine noch die andere dieser Voraussetzungen zutrifft, kann von einem Dienstherrschaftsverhältniß nicht gesprochen werden.

4) Nicht selten wird aber das Dienstverhältniß von der Art seyn, daß es schwierig ist, über die unter 1) und 2) aufgestellten Voraussetzungen eine unanfechtbare Entscheidung zu treffen. Wenn der Dienstvertrag den Umfang der Dienstleistungen und der zu verwendenden Arbeitszeit nicht näher bestimmt, wenn derselbe darüber, ob Nebengeschäfte gestattet sind, oder darüber, ob innerhalb des Kreises der Dienstleistungen der Bedienstete die Weisungen des Dienstherrn zu befolgen habe, Nichts enthält, so bilden die sonstigen dienstlichen Verhältnisse den einzigen Anhaltspunkt, und in diesem Fall ist daher der von Mohl[2] hervorgehobene Gesichtspunkt, das Verhältniß der Belohnung zu dem gesammten Erwerb durch eigene Thätigkeit, in erster Linie zu berücksichtigen. Da wo die Belohnung für die fortlaufenden Privatdienste den kleineren Theil, nicht einmal die Hälfte des Gesammterwerbs bildet, ist, wenn der Vertrag nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt, der Beweis hergestellt, daß nicht die ganze Arbeitskraft und nicht einmal ein mit den Pflichten eines Kammermitglieds unvereinbarer Theil derselben dem Recht des Andern unterworfen ist. In einem solchen Fall ist auch im Zweifel, wenn der Vertrag nichts Anderes ausdrücklich bestimmt, die Freiheit und Unabhängigkeit der Bewegung des Einzelnen innerhalb des Kreises seiner Dienstleistungen vorauszusetzen, d. h. es fehlt an den wesentlichen Voraussetzungen eines Herrschaftsverhältnisses.

[2] Württ. Staatsrecht Bd. I. S. 567 N. 17.

Digitized by Google

5) Immer setzt das Privatdienstherrschaftsverhältniß einen Dienstvertrag voraus. In denjenigen Fällen also, wo die die Freiheit beschränkenden Umstände nicht in einem Dienstverhältniß, sondern in einem andern Obligationsverhältniß, z. B. in den Pflichten eines Vormunds oder einer Societät ihren Grund haben, kann von der Anwendung des §. 135, Ziff. 4, deßhalb keine Rede seyn, weil nach den Worten desselben, wie oben gezeigt ist, ein Dienstverhältniß und nur eine besondere Qualifikation des Dienstverhältnisses vorausgesetzt ist. Dienstverhältniß ist ein feststehender juristischer Begriff, unter welchen die Societät nicht fällt. Nur wird ein Dienstverhältniß als solches nach unzweifelhaften Rechtsgrundsätzen nicht zu einer Societät, wenn auch die Belohnung des Bediensteten in der Form eines Antheils am Gewinn (Tantième) ganz oder theilweise bestimmt ist.

6) Daß im Zweifelsfalle gegen die Anwendung des §. 135 Ziff. 4 zu entscheiden ist, ergibt sich aus der allgemeinen Rechtsregel, daß Ausnahmen von der Regel strikt zu interpretiren sind und daß für die volle Rechtsfähigkeit eines Subjekts die Vermuthung streitet.

Wenn es auch nicht gelungen seyn sollte, durch diese Ausführungen die bisherige Uebung gegen die erhobenen Einwendungen zu rechtfertigen und zu zeigen, daß sich dieselbe ohne auf dgs Resultat des vorstehenden Aufsatzes zu kommen, in einer Weise feststellen läßt, welche bis zu einem gewissen Grad Willkür und Schwankungen ausschließt, so wird doch jedenfalls der Beweis geführt seyn, daß weder die Worte des Gesetzes, noch die sonstigen Auslegungsquellen für diese neue Auslegung des Gesetzes so entschieden sprechen, um die bisherige Uebung aufzugeben.

Digitized by Google

11) Inwiefern entscheiden die Behauptungen des Klägers bezüglich der privatrechtlichen Natur eines Anspruchs für die Zuständigkeit des Civilrichters?

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Nur Streitigkeiten über Privatrechtsverhältnisse fallen der Entscheidung des ordentlichen Civilrichters anheim, während für Ansprüche, die im öffentlichen Recht ihren Grund haben, die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizbehörden begründet ist. Es muß daher, um die Kompetenz des Civilrichters für einen bei demselben erhobenen Anspruch zu begründen, das Vorhandenseyn eines Privatrechts von dem Kläger behauptet, und nach dem Gegenstand des Anspruchs dessen Möglichkeit an sich gegeben seyn. Denn wo entweder ein Privatrecht gar nicht behauptet, oder, wenn die Behauptung eines solchen auch vorliegt, nach den dießfalls bestehenden Grundsätzen dessen Möglichkeit an sich schon ausgeschlossen ist, wie z. B. bei Streitigkeiten über Staats- und Gemeindebürgerrecht, über Heimathrecht, über das Recht auf Ansässigmachung, über die Theilnahme der Ortsbürger an Gemeindenutzungen, über Gemeindeumlagen, über Besteuerung u. s. w.,[1] ist gar kein Streit über ein Privatrechtsverhältniß vorhanden.[2] Etwas Weiteres, als daß das Vorhandenseyn eines Privatrechts behauptet und solches nach dem Gegenstand des Anspruchs an sich möglich ist, wird zu Begründung der civilrichterlichen Zuständigkeit jedoch nicht erfordert, und es ist daher bei der Kompetenzfrage mehr

---

[1] Vergl. über die Ausscheidung des Justiz- u. Verwaltungsgebiets: Stahl, die Philosophie des Rechts, Bd. 2, (3. Aufl.), Abth. 2: die Staatslehre, Abschn. 4, Kap. 5; dazu §. 58 u. Abth. 1, Buch 2: das Recht, §. 4. Bluntschli, allg. Staatsrecht, Buch VIII., Kap. 5, (2. Aufl.), Bd. 2, S. 235 ff. Regelsberger, in der kritischen Vierteljahrsschrift von Pözl, Bd. 4, S. 52 ff.

[2] Lauk im Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 2, S. 4 ff.

Digitized by Google

nicht zu untersuchen, als ob der Anspruch so, wie er geltend gemacht worden, überhaupt als Gegenstand einer Civilprozeßsache vorkommen kann, und im Bejahungsfalle, ob der für den Anspruch geltend gemachte Rechtstitel die Eigenschaft eines privatrechtlichen habe oder doch haben könne oder nicht. Muß beides bejaht werden, so ist die Kompetenz des Civilrichters anzuerkennen, ohne daß es weiter darauf ankommen kann, ob die für den Anspruch geltend gemachten Thatsachen zu dessen Begründung genügen, oder ob sie erwiesen werden können, oder etwa gar schon der Gegenbeweis in den Akten liegt. Alles dieß fällt der materiellen Würdigung anheim, und kann daher nur *nach* Erledigung der Zuständigkeitsfrage von dem kompetenten Richter geprüft werden, somit für deren Entscheidung nicht maßgebend seyn. Dennoch kommt es nicht selten vor, daß die Kompetenz des Civilrichters auch in Fällen, wo das Vorhandenseyn eines Privatrechtes behauptet und dessen Möglichkeit an sich nicht ausgeschlossen ist, wo somit alle Merkmale einer Civilprozeßsache vorliegen, um deßwillen beanstandet wird, weil der Ungrund des Anspruchs, der Mangel eines Klagrechts in die Augen springt, und öfter, als man glauben sollte, begegnet man dem falschen Schlusse aus dem Ungrunde der Klage auf die Unzuständigkeit des Civilrichters. Selbst das Obertribunal und der K. Geheimerath haben in dieser Beziehung nicht immer an den richtigen Grundsätzen festgehalten, und da auch die von dem verewigten Obertribunalpräsidenten v. *Harpprecht* veröffentlichten,[3] und ebenso von mir in einem größeren Aufsatze in diesem Archiv[4] mitgetheilten, dießfälligen Grundsätze des Obertribunals inzwischen theilweise einer andern Anschauung gewichen sind, so schien mir genügender Anlaß vorzuliegen, auf die oben ausgehobene Frage hier nochmals zu-

[3] *Seuffert*, Archiv. Bd. 12, Nro. 194.

[4] In diesem Archiv, Bd. 2, S. 8 ff.

Digitized by Google

rückzukommen, und die Grundsätze, wie sie von dem Obertribunal neuestens in mehrfachen Entscheidungen festgehalten und zur Anwendung gebracht worden, kurz darzulegen.

Die Fälle, in welchen der Anspruch so, wie er bei dem Civilrichter erhoben ist, schon an sich gar nicht Gegenstand eines Privatrechts seyn kann, wo also die Möglichkeit eines Privatrechts überhaupt ausgeschlossen ist, bieten der Regel nach bezüglich ihrer formellen Behandlung keine Schwierigkeit dar. Es kann zwar im einzelnen Falle sehr zweifelhaft seyn, ob ein Privatrecht an sich möglich ist oder nicht; allein daß, wo diese Möglichkeit ausgeschlossen ist, eine Inkompetenzerklärung zu erfolgen hat, darüber ist man in der Praxis einig. Die Schwierigkeiten und Verwechslungen beginnen erst dann, wenn Ansprüche in Frage stehen, welche an sich ebensowohl auf einem privatrechtlichen Grunde, als auf einem Grunde des öffentlichen Rechts beruhen können, der Anspruch aber als ein privatrechtlicher von dem Kläger angesprochen und eingeklagt wird; nur von diesen Fällen soll daher hier die Rede seyn.

Hier muß nun vor Allem daran festgehalten werden, daß es bei der Prüfung der Kompetenzfrage lediglich darauf ankommt, wie der Kläger den fraglichen Anspruch geltend gemacht und begründet hat.[5] Denn nur darüber, ob der Anspruch in der von dem Kläger behaupteten Weise gegründet ist, hat der angerufene Richter zu ent-

---

[5] Dieß wurde sowohl in früheren, als auch insbesondere in mehrfachen neueren Entscheidungen des Obertribunals entschieden anerkannt, so d. 4. Okt. 1830 in S. d. St. F. V. c. F.; d. 11. Febr. 1840, in S. der Gem. M. c. mehrere Gemeinden des O.-A. B.; d. 5. Sept. 1860 in S. W. Z. T. c. St. F. V.; den 3. Mai 1861 in S. W. c. H.; den 25. Sept. 1861 in S. Ou. c. J.; den 8. Nov. 1861 in S. Sch. c. St. F. V.; den 23. Oktob. 16. Nov. 1861 in S. St. F. V. c. Stadtgem. T. (in Pleno); den 8. März 1862 in S. G. c. W.; den 9. April 1862 in S. N. c. Stadtgem. E.

Digitized by Google

ſcheiden, nur das Vorbringen und die Behauptungen des Klägers, nur ſeine Darſtellung des Sachverhaltes kann ſomit auch bei der Frage von der Kompetenz zur Verhandlung und Entſcheidung über eine Klage in Betracht kommen. Kompetent iſt daher der Civilrichter, ſobald der Anſpruch von dem Kläger auf einen privatrechtlichen Titel geſtützt wird. Doch iſt dieß nicht ſo zu verſtehen, als ob die civilrichterliche Kompetenz ſchon dadurch begründet würde, daß der geltend gemachte Rechtstitel von dem Kläger ein privatrechtlicher genannt wird, vielmehr gehört weiter dazu, daß dieſer Rechtstitel wirklich auch ein ſolcher iſt, welcher, wie z. B. Vertrag und Verjährung, dem Privatrecht angehören kann. Denn wenn nach dem eigenen Vorbringen der klägeriſchen Partei Dasjenige, was als privatrechtlicher Titel geltend gemacht wird, in Wirklichkeit als ein öffentlich rechtlicher Titel erſcheint, wie z. B. wenn eine von dem Landesherrn in ſeiner Eigenſchaft als Staats- oder Kirchenoberhaupt ergangene Verfügung oder Zuſicherung[6] als ein Privatrechtstitel bezeichnet werden wollte, ſo würde zwar wohl den Worten nach, in Wirklichkeit aber keine Behauptung eines Privatrechtstitels, und ſomit auch kein privatrechtlicher Anſpruch vorliegen, welcher zur Entſcheidung durch die Civilgerichte ſich eignen würde.

Iſt aber der für den Anſpruch geltend gemachte Rechtstitel von der Art, daß er dem Privatrecht angehören kann, und wird er als ein privatrechtlicher von dem Kläger geltend gemacht, ſo iſt die Kompetenz des Civilrichters begründet, und es bleibt dieſe Kompetenz unverändert beſtehen, wenn auch beklagter Seits eingewendet wird, daß das dem Klageanſpruch unterliegende Rechtsverhältniß in Wirklichkeit ſeinen Grund nicht im Privatrecht, ſondern im öffentlichen Recht habe. Denn eine ſolche Einwendung iſt nur gegen die materielle Rich-

[6] Dieſes Archiv, Bd. 2, S. 20.

Digitized by Google

tigkeit der klägerischen Behauptung des Bestehens eines privatrechtlichen Anspruchs gerichtet, und kann daher im Falle des Beweises nur einen Grund für die Abweisung der Klage, nicht aber für die Inkompetenz der Civilgerichte abgeben, welche, wenn ein Anspruch, der an sich möglicher Weise ein privatrechtlicher seyn kann, einmal als ein privatrechtlicher geltend gemacht und auf einen privatrechtlichen Titel gestützt worden ist, allein darüber zu entscheiden haben, ob der Anspruch als ein privatrechtlicher bestehe.[7] Ob die einem Anspruch zu Grund liegenden thatsächlichen Behauptungen richtig sind, und unter welchen Voraussetzungen der erhobene Anspruch begründet ist, gehört zur Würdigung der Materie des Rechtsstreites und kann daher nur von dem zuständigen Richter geprüft werden, setzt somit die vorgängige Feststellung der Kompetenzfrage voraus, und kann auf deren Beantwortung keinen Einfluß haben. Die entgegengesetzte Ansicht würde darauf führen, daß behufs der Entscheidung über die formelle Kompetenzfrage die Sache selbst zuvor verhandelt und materiell zuvor gewürdigt werden müßte,[8] was ein Widerspruch in sich selbst wäre.[9] Auch würde man auf das eigenthümliche Resultat kommen, daß der Civilrichter für einen Anspruch im Falle seiner Durch-

[7] Vergl. meine Ausführung in diesem Archiv, Bd. 2, S. 12. Ziff. 5. Entsch. des Obertribunals v. 25. Sept. 1861 in S. Ou. c. J.

[8] Dieß hat ein Gerichtshof in der That ausgesprochen, und behufs der Entscheidung über die Kompetenzfrage die Einleitung von weit aussehenden Verhandlungen über das fragliche Rechtsverhältniß selbst verfügt. Von dem Obertribunal wurde aber diese Verfügung außer Wirkung gesetzt, weil es nur darauf ankommen könne, wie der Anspruch von dem Kläger dargestellt worden, und nicht wie das Rechtsverhältniß in Wirklichkeit bestehe. Entsch. des Obertribunals vom 9. April 1862 in S. N. c. Stadtgem. E.

[9] Vergl. auch die richtige Bemerkung Hufnagel's in dessen Mitth. Bd. 1, S. 472 über eine gegen den obigen Satz verstoßende Kompetenzkonfliktentscheidung des K. Geheimenraths, und die beherzigenswerthen Glossen über Kompetenzkonfliktsentscheidungen in den Bl. f. Rechtsanw. Bd. 20, S. 81 ff.

Digitized by Google

führbarkeit als zuständig, im entgegengesetzten Falle als unzuständig erklärt werden müßte. Man muß daher entschieden daran festhalten, daß es bei der Kompetenzfrage nur darauf ankommt, wie das Rechtsverhältniß nach dem klägerischen Vorbringen sich darstellt, nicht aber wie dasselbe in Wirklichkeit besteht. Vermag ein Kläger das seinem Klageanspruch von ihm unterstellte privatrechtliche Fundament nicht zu erweisen, so ist die Klage von dem Civilrichter abzuweisen in gleicher Weise, wie dieß überhaupt der Fall ist, wenn ein Kläger den Klagegrund nicht zu erweisen vermag. Es folgt aber hieraus nicht rückwärts die Inkompetenz des Civilrichters zur Entscheidung der Klage, und zwar selbst dann nicht, wenn sich im Laufe der Verhandlungen unzweifelhaft ergeben sollte, daß das bestrittene Rechtsverhältniß seinen Grund in dem öffentlichen Recht habe.[10] Denn durch die hiedurch motivirte Abweisung des Klägers entscheidet der Civilrichter nicht über das Bestehen des Anspruchs überhaupt, was allerdings eine Ueberschreitung der seiner Zuständigkeit gesteckten Grenzen wäre, sondern er erkennt nur über die ihm ausschließlich zur Entscheidung anheim fallende Frage, ob der Anspruch so, wie er von dem Kläger behauptet worden, d. h. als ein privatrechtlicher existire, während die Kognition darüber, ob der Anspruch nach den für die Verhältnisse des öffentlichen Rechts geltenden Normen begründet ist oder nicht, dem hiefür zuständigen Admini-

---

[10] So wurde z. B. in einem neueren Falle, wo die auf Schutz im Besitze eines kleinen Flüßchens gerichtete Klage darauf gegründet worden war, daß das fragliche Flüßchen ein Privatgewässer und im Eigenthumsbesitze des Klägers befindlich seye, auf den Grund dieser Behauptung des Klägers, ungeachtet der volle Beweis der Eigenschaft des Flüßchens als eines öffentlichen Gewässers vorlag, die Kompetenz der Civilgerichte von dem Obertribunal angenommen, und die Klage aus letzterem Grunde als materiell ungegründet abgewiesen. Entsch. des Obertribunals vom 5. Sept. 1860 in S. W. Z. T. c. Forstdirektion.

Digitized by Google

strativrichter vorbehalten bleibt.[11] Wollte in einem Falle, wo ein Anspruch als ein privatrechtlicher bei dem Civilrichter eingeklagt worden, der seinem Gegenstand nach an sich auf privatrechtlichem Grunde beruhen kann, wo somit lediglich die Existenz eines privatrechtlichen Verhältnisses im Streit liegt, die Inkompetenz der Civilgerichte darum ausgesprochen werden, weil die Behauptungen des Klägers unrichtig und das fragliche Verhältniß in Wirklichkeit kein privatrechtliches, sondern ein öffentlich rechtliches seye, so würde es für die privatrechtliche Begründung des Anspruchs gar keinen Richter geben, da mit dieser Begründung der Kläger nicht an den Administrativrichter gewiesen werden könnte, über diese Klagbegründung vielmehr nur der Civilrichter entscheiden kann. Seine Kompetenz muß daher unbedingt anerkannt werden, sobald ein Anspruch, der an sich ebensowohl auf einem privatrechtlichen als auf einem Grunde des öffentlichen Rechts beruhen kann, als auf privatrechtlichem Grunde beruhend von dem Kläger behauptet wird, und nicht eine Inkompetenzerklärung, sondern eine Abweisung der Klage als ungegründet hat zu erfolgen, wenn die Behauptung eines Privatrechts sich nicht bewahrheitet.

Dieß gilt auch für den Fall, wenn die für die behauptete privatrechtliche Eigenschaft eines, an sich möglicher Weise privatrechtlichen oder öffentlich rechtlichen, Anspruchs von dem Kläger beigebrachte thatsächliche Begründung nicht genügend ist, um bei Unterstellung der Wahrheit der vorgebrachten Thatsachen die Existenz eines Privatrechts außer Zweifel zu setzen. Auch dieser Man-

---

[11] In dieser Weise hat sich das Obertribunal schon am 4. Okt. 1830 in S. der St. F. V. c. F. u. am 11. Febr. 1840 in S. der Gem. M. c. mehrere Gemeinden des vorm. O.-A. B., und ebenso neuestens unter dem 9. April 1862 in S. N. c. Stadtgem. E. ausgesprochen. Vergl. auch meine Ausführung in diesem Archiv Bd. 2, S. 12, Ziff. 4 u. S. 312, 313, Note 2, sowie die Mittheilungen von Harpprecht in Seuffert's Archiv Bd. 12, Nro. 194, Ziff. 3.

Digitized by Google

gel kann nur zur materiellen Abweisung der Klage wegen mangelnder thatsächlicher Begründung führen, nicht aber an der durch die Behauptung des Vorhandenseyns eines privatrechtlichen Titels begründeten Kompetenz des Civilrichters Etwas ändern. Eine entgegengesetzte Ansicht hat sich zwar in einzelnen früheren Entscheidungen des Obertribunals geltend gemacht, und in Folge dessen auch in den schon erwähnten dießfälligen Mittheilungen des Obertribunalpräsidenten v. Harpprecht und von mir[12] ihren Ausdruck gefunden. In neuester Zeit dagegen hat das Obertribunal, und zwar nach vorangegangener Berathung in voller Versammlung, den Satz angenommen und in mehreren indeß ergangenen Entscheidungen zur Anwendung gebracht,[13] daß es zu Begründung der civilrichterlichen Kompetenz genüge, wenn nur der Anspruch als ein privatrechtlicher geltend gemacht und auf eine mit der Behauptung eines Privatrechts an sich nicht unverträgliche Weise begründet worden, ohne daß erfordert werde, daß die von dem Kläger für die Behauptung der privatrechtlichen Natur des Anspruchs angeführten Thatsachen, ihre Wahrheit vorausgesetzt, diese Eigenschaft in dem gegebenen Falle außer Zweifel setzen, und somit zur Durchführung des erhobenen Anspruchs als eines privatrechtlichen genügen. Denn ob das behauptete Privatrecht wirklich vorhanden und alle Bedingungen für dessen Durchsetzung zutreffen, ist eine die Materie des Rechtsstreites betreffende Frage, deren Prüfung ebendaher nur dem zuständigen Richter zusteht, die vorgängige Erledigung der Zuständigkeitsfrage somit voraussetzt, und demzufolge für deren Entscheidung nicht bestimmend seyn kann.

---

[12] Seuffert, Archiv Bd. 12, Nro. 194, Ziff. 4. Dieses Archiv, Bd. 2, S. 11, 12.

[13] Entsch. vom 23. Oktob./16. Novemb. 1861 (in Pleno), in S. der St. F. V. c. Stadtgem. T.; v. 8. Nov. 1861 in S. Sch. c. St. F. V.; vom 8. März 1862 in S. v. G. c. W.; vom 9. April 1862 in S. N. c. Stadtgem. E.

Digitized by Google

Eine Bedingung der Durchsetzung eines Anspruchs ist es aber, daß die thatsächliche Begründung eine genügende ist; die Frage, ob die von dem Kläger für seine Behauptung eines Privatrechts geltend gemachten Thatsachen zu Begründung dieser Behauptung ausreichen, fällt daher gleichfalls der materiellen Würdigung anheim, kann somit nur von dem kompetenten Richter geprüft werden und ihre Verneinung nur die materielle Abweisung der Klage wegen ungenügender thatsächlicher Begründung, nicht aber deren Zurückweisung wegen Unzuständigkeit begründen.

Hiegegen ist zwar eingewendet worden, daß, wenn die thatsächliche Begründung der Klage ungewiß lasse, ob der Anspruch in Wirklichkeit dem Privatrecht und nicht vielmehr dem öffentlichen Recht angehöre, dieser Mangel sich nicht sowohl auf das Materielle des Anspruchs, als auf die behauptete privatrechtliche Grundlage desselben, somit auf die richterliche Zuständigkeit, beziehe, und wo die letztere nicht außer Zweifel gesetzt seye, der Richter zu einem materiellen Ausspruch sich nicht berufen finden könne.[14] Allein zur Materie des Rechtsstreits gehört nicht nur die Frage, ob der erhobene Anspruch überhaupt bestehe, sondern auch, ob er als ein privatrechtlicher bestehe; denn, wenn ein Anspruch als ein privatrechtlicher geltend gemacht wird, so bildet ja eben die Behauptung des Vorhandenseyns eines Privatrechts den Klagegrund. Es kann daher die Behauptung einer privatrechtlichen Grundlage des Anspruchs nicht von der materiellen Begründung des Anspruchs unterschieden werden, vielmehr gehört gerade jene Behauptung als ein Theil der Klagebegründung ganz wesentlich zur Materie des Rechtsstreits, und es fällt ebendaher die Frage, ob die Behauptung eines Privatrechts genügend thatsächlich begründet seye, lediglich der materiellen Würdigung durch den kompetenten Richter anheim. Allerdings muß die richterliche Zuständigkeit

[14] Seuffert, Archiv, Bd. 12, Nro. 194, Ziff. 4, S. 266.

Digitized by Google

außer Zweifel gesetzt seyn, ehe der Richter eine materielle Verfügung treffen kann. Allein gerade gegen diesen Satz würde man verstoßen, wenn wegen eines Mangels in der thatsächlichen Begründung eine Inkompetenzerklärung ausgesprochen werden wollte, da der Ausspruch, daß es einem Anspruch an der gehörigen thatsächlichen Begründung fehle, wie gezeigt, ein materieller ist, und somit lediglich ein materieller Grund, dessen Beurtheilung die Zuständigkeit voraussetzt, zu Begründung der Unzuständigkeitserklärung benützt würde. Es kann daher ein gegründeter Zweifel darüber nicht bestehen, daß ein Mangel in der für die Behauptung der Existenz eines Privatrechts beigebrachten thatsächlichen Begründung niemals ein Inkompetenzerkenntniß begründen kann.

In der That würde auch die entgegengesetzte Ansicht zu den auffallendsten Konsequenzen führen, indem eine Inkompetenzerklärung wegen ungenügender thatsächlicher Begründung der privatrechtlichen Natur des Anspruchs in ihren Folgen einer wirklichen Justizverweigerung gleichkommen würde. Denn wäre es richtig, daß eine Inkompetenzerklärung erfolgen müsse, wenn die thatsächliche Begründung eines Anspruchs eben sowohl die Möglichkeit eines öffentlichen, als eines Privatrechts offen lasse, so müßte, nachdem der Civilrichter sich aus diesem Grunde für unzuständig erklärt hätte, der Administrativrichter sich gleichfalls aus demselben Grunde für unzuständig erklären, da für seine Unzuständigkeit derselbe Grund sprechen würde, und der Rechtsuchende müßte ohne richterlichen Schutz bleiben. Man könnte vielleicht einzuwenden versucht seyn, es liege in einem solchen Falle eben ein negativer Kompetenzkonflikt vor, der im verfassungsmäßigen Wege seine Erledigung zu finden habe. Allein auch diese Hoffnung würde täuschen; denn wäre der Satz richtig, daß eine mangelhafte thatsächliche Begründung, welche die Möglichkeit, daß der Anspruch dem öffentlich rechtlichen oder privatrechtlichen Gebiet angehöre, offen läßt, zur

Digitized by Google

Inkompetenzerklärung führen müsse, oder, mit andern Worten, daß zu Begründung der Kompetenz die thatsächliche Begründung der Klage von der Art seyn müsse, daß bei Unterstellung der Wahrheit des faktischen Klagvorbringens der erhobene Anspruch im Falle der Anrufung des Civilrichters als ein privatrechlicher, im Falle der Anrufung des Administrativrichters als ein öffentlich rechtlicher wirklich gegründet erkannt werden müßte, so wäre in dem unterstellten Falle der mangelhaften thatsächlichen Begründung einer Klage eine Entscheidung des Kompetenzkonflikts gar nicht möglich, es müßte vielmehr in Anwendung des vorangestellten Satzes ausgesprochen werden, daß, so lange der Mangel in der thatsächlichen Begründung nicht gehoben seye, die Kompetenzfrage sich nicht entscheiden lasse, für den Anspruch somit kein Richter vorhanden seye, was eine offenbare Justizverweigerung wäre. Wollte man einwenden, daß der Kläger seine Klage nur gehörig thatsächlich zu begründen nöthig habe, um diesem zu entgehen, so würde hiebei, abgesehen davon, daß es jedem Kläger freistehen muß, wie er seinen Anspruch begründen will, der Fall immer noch übrig bleiben, wo der Kläger eine weitere thatsächliche Begründung vielleicht beim besten Willen nicht beibringen kann, und in diesem Falle würde ihm der Weg zum Civil- wie zum Administrativrichter unbedingt verschlossen bleiben, der Kläger somit des Rechtsschutzes entbehren, den er in einem Rechtsstaate zu fordern berechtigt ist. Zwar kann es auch in anderen Fällen vorkommen, daß der Kläger mit einem Anspruch sowohl von dem Civilrichter, weil er den Anspruch für einen in das Gebiet des öffentlichen Rechts fallenden hält, als von dem Administrativrichter, weil dieser in dem Anspruch einen privatrechtlichen erblickt wegen Inkompetenz zurückgewiesen wird. Allein diese Fälle eines negativen Kompetenzkonflikts haben im verfassungsmäßigen Wege ihre Entscheidung zu finden, durch welche der Kläger einen Richter für seinen Anspruch erhalten

Digitized by Google

muß, während in obigem Fall eine Entscheidung des Kompetenzkonflikts auf diesem Wege, wie gezeigt, gar nicht möglich wäre, und der Kläger ohne Richter bleiben müßte.

Hienach muß es in allen Fällen, wo nach dem Gegegenstand des Anspruchs die Möglichkeit eines Privatrechts an sich gegeben ist, als genügend zu Begründung der civilrichterlichen Kompetenz erklärt werden, wenn nur das Vorhandenseyn eines privatrechtlichen Titels für den erhobenen Anspruch von dem Kläger behauptet wird.

II.

Fragmente.

1) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Wechselsachen mit Bemerkungen.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Zu Art. 1 der a. d. W.-O.

1) Wechselfähigkeit des Cridars.[1]

Wechselfähig ist nach Art. 1 der a. d. W.-O. derjenige, welcher sich durch Verträge verpflichten kann. Dieß kann auch der Cridar, denn durch die Eröffnung des Gants verliert derselbe nicht seine Dispositions- und Vertragsfähigkeit überhaupt, sondern nur das Verfügungsrecht über das zur Gantmasse gehörige Vermögen. Nur bezüglich dieses Vermögens ist daher auch die Wechselfähigkeit des Cridars beschränkt; im Uebrigen ist derselbe auch nach Eröffnung des Konkurses und während der Dauer desselben vollkommen wechselfähig,[2] und es sind

---

[1] Vergleiche auch unten Nro. 36.

[2] Mit obiger Entscheidung stimmen überein ein Erk. des O.A.G. zu Dresden vom 19. Juni 1856 und ein Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 20. Oktober 1859. Tauchnitz, Zeitschrift für Rechtspflege und Verw. Bd. 16, S. 282. Striethorst, Archiv Bd. 34, S. 328. Seuffert, Archiv Bd. 14, Nro. 156. Borchardt, W.O. S. 7.

Digitized by Google

die von dem Cridar während dieser Zeit eingegangenen Wechselverbindlichkeiten an dessen nicht zur Gantmasse gehörigem Vermögen[3] zu vollstrecken.

Entsch. des Obertrib. v. 20. Novemb. 1861 in S. Stähle c. Fröschle.

Zu Art. 4 Ziff. 4 u. Art. 96 Ziff 4 der a. d. W.-O.

2) Bezeichnung der Verfallzeit eines Wechsels.

a) Die Bezeichnung der Verfallzeit in einem Wechsel mit folgenden Worten: „bis 30. April 1860 zahlen Sie" ist genügend, da hiemit jedenfalls ein Termin, vor welchem nicht bezahlt zu werden braucht, also ein Endtermin gegeben ist.

Entsch. des Obertrib. v. 19. Mai 1860 in S. Stohrer c. Koch.

b) In einem unter einem Bruchdatum „d. 11./12. Mai 1860" ausgestellten Wechsel war die Verfallzeit dahin bezeichnet worden: „einen Monat nach heute zahlen Sie." Diese Bezeichnung der Verfallzeit wurde des Bruchdatum's ungeachtet für genügend bestimmt angenommen, da sich nicht anders annehmen lasse, als daß „ein Monat nach dem 12. Mai" als die Verfallzeit habe bezeichnet werden wollen.

Entsch. des Obertrib. v. 19. Juni 1860 in S. Nopper c. Münch.

c) Die Bestimmung der Verfallzeit in einem Wechsel dahin: „binnen vier Wochen a dato" erscheint als hinreichend bestimmt; es kann in diesem Fall vor Ablauf der vier Wochen nicht geklagt werden, da die Zahlung nur überhaupt binnen dieser Zeit zu erfolgen hat, also am

---

[3] Nach den von dem Obertribunal angenommenen Grundsätzen gehört das Vermögen, welches der Cridar nach bereits eröffnetem Konkurse und nicht vermöge eines zur Zeit der Ganteröffnung schon begründeten Rechtes erwirbt, nicht zur Gantmasse. Entsch. des Obertribunals vom 12. April 1856 in S. R. c. W. und vom 13. Januar 1858 in S. Sch. und Gen. c. J. Seuffert, Archiv Bd. 10, Nro. 322. Uebereinstimmend ist ein Erk. des O.A.G. zu Kiel vom 27. März 1852 in Seuffert's Archiv Bd. 6, Nro. 112. Dagegen ein Erk. des O.A.G. zu Celle, ebendaselbst Bd. 9, Nro. 238.

Digitized by Google

letzten Tage noch erfolgen kann; nach Ablauf der vier Wochen aber ist der Wechsel verfallen, da dieser Zeitpunkt als Endtermin für die Zahlung durch die gedachte Bezeichnung fest bestimmt ist.[4]

Entsch. des Obertrib. v. 22. Dezemb. 1860 in S. Ullmann c. Gleich.

d) Die Bezeichnung der Verfallzeit eines Wechsels ohne nähere Andeutung des Jahrs: „am 30. Dezember zahlen Sie" wurde, wie früher,[5] so auch wieder in einer neueren Entscheidung als eine genügend bestimmte Angabe der Zahlungszeit nicht angenommen.[6]

Entsch. des Obertrib. v. 9. Febr. 1861 in S. K. Hofbank c. Breuning.

Zu Art. 4 Ziff. 6 u. Art. 96 Ziff. 6 der a. d. W.-O.

3) Angabe des Orts und Tags der Ausstellung des Wechsels.

Der Umstand, daß in dem Wechsel als Ausstellungsort oben ein anderer als der von dem Aussteller selbst unten bei seiner Namensunterschrift beigesetzte genannt, und ebenso oben ein älteres Datum als Zeit der Ausstellung bezeichnet war, als welches der Aussteller seiner Unterschrift beigefügt hatte, wurde als ein der Giltigkeit des Wechsels entgegenstehender Formfehler nicht betrachtet,

---

[4] Abweichend hievon wird in einer, in den Bl. f. Rechtspfl. in Thür. u. Anh. Bd. 7, S. 157 mitgetheilten Entscheidung des A.Ger. zu Gotha ein auf einen Zeitraum, binnen welchem gezahlt werden soll, ausgestellter Wechsel für ungiltig erklärt.

[5] Dieses Archiv Bd. 2, S. 494, Ziff. 6, Bd. 3, S. 174, Ziff. 3. Seuffert, Archiv Bd. 12, Nro 61 und 181. Dagegen siehe die in diesem Archiv Bd. 2, S. 495, Note 4 Angeführten. Seuffert, Archiv Bd. 13, Nro. 228. v. Sternenfels im Archiv. f. d. W. R. Bd. 10, S. 166 ff.

[6] Die Gründe dieser Entscheidung, welche übrigens mit den schon früher in Seuffert's Archiv Bd. 12, Nro. 181 veröffentlichten Gründen der in Pleno beschlossenen Entscheidung des Obertribunals vom 12. März 1858 übereinstimmen, finden sich in Tafel's Civilsrechtsspr. Bd. 4, S. 291 ff.

Digitized by Google

da die Wechselordnung nur überhaupt Angabe des Orts und Tags der Ausstellung im Wechsel verlange, und dieser Vorschrift Genüge geschehen seye.

Entsch. des Obertrib. v. 6. Febr. und 6. März 1861 in S. Maier c. Zeiller u. Schiele.

Zu Art. 4 und 96 der a. d. W.-O.

4) Ungiltigkeit eines Wechsels im Falle der Ungewißheit über seine Eigenschaft als Tratte oder eigener Wechsel.

Ein Wechsel folgenden Inhalts:

Am — zahlen wir gegen diesen unsern Primawechsel an Herrn J. J. Seisser oder dessen Ordre die Summe von — Werth erhalten. J. J. Seisser

Herrn Louis Digel und dessen Ehefrau in Stuttgart. angenommen Louis Digel Anna Digel

war von J. J. Seisser gegen die Digel'schen Eheleute eingeklagt worden. Das Obertribunal wies jedoch die Klage ab, da der Wechsel weder eine Tratte noch ein eigener Wechsel, sondern ein sich selbst widersprechendes Dokument seye. Als eine Tratte konnte die Urkunde nicht betrachtet werden, da eine Tratte begrifflich einen Zahlungsauftrag enthalten muß, während ein solcher hier fehlte; der Auffassung der Urkunde als eigener Wechsel stand aber entgegen, daß als Aussteller der Remittent unterzeichnet, in margine eine Adresse beigefügt und von den Adressaten der Wechsel acceptirt ist, was mit der Absicht der Ausstellung eines eigenen Wechsels sich nicht vereinigen läßt.[7]

Entsch. des Obertrib. v. 13. Dezember 1861 in S. Seisser c. Digel'sche Eheleute.

---

[7] Die Frage der Giltigkeit derartiger zweifelhafter Wechsel wird stets nach den Umständen des einzelnen Falls beurtheilt werden müssen. Vergl. Archiv f. d. W. R. Bd. 5, S. 90. Bd. 6, S. 329. Bd. 8, S. 438. Seuffert, Archiv Bd. 11, Nro. 174. Sächsisches Wochenblatt f. m. R. v. 1858 S. 393.

Digitized by Google

Zu Art. 10, 36 u. 51 der a. d. W.-O.

5) Einlösung eines Wechsels durch einen Vormann nach ergangenem Wechselerkenntniß gegen den Acceptanten; Legitimation zur Klage aus diesem Erkenntniß.

Wird ein protestirter Wechsel, nachdem der Inhaber ein verurtheilendes Erkenntniß des Wechselgerichts gegen den Acceptanten bereits ausgewirkt, von einem Vormann im Regreßwege eingelöst, so ist letzterer in Folge dieser Einlösung des Wechsels legitimirt, den Vollzug des von seinem Nachmanne gegen den Acceptanten erwirkten Erkenntnisses zu seinen Gunsten zu verlangen.[8]

Entsch. des Obertrib. vom 18. Dezemb. 1861 in S. Schneider c. Fackler.

Zu Art. 12, 13, 16 und 36 der a. d. W.-O.

6) Legitimation des Erwerbers eines protestirten Wechsels durch ein dem Protest vorangegangenes Blankogiro.

Ein Indossant, welcher einen Wechsel vor Verfall durch Blankogiro weiter begeben, nach erfolgtem Protest Mangels Zahlung aber im Regreßwege wieder eingelöst hat, kann solchen nach Durchstreichung der Giros seiner Nachmänner durch bloße Uebergabe des Wechsels auf's Neue wieder begeben, und es ist der Inhaber, welcher den protestirten Wechsel auf diese Weise erhalten, durch das noch auf dem Wechsel befindliche Blankogiro, wenn es gleich ursprünglich nicht für ihn bestimmt gewesen, als Eigenthümer des Wechsels legitimirt. Denn das Blankoindossament macht den Wechsel, so lange dasselbe unausgefüllt und kein weiteres Giro hinzugetreten ist,

[8] In einer, im Arch. f. d. W. R. Bd. 8, S. 192 mitgetheilten, Entsch. des obersten Gerichtshofs zu Wien v. 20. März 1857 wurde ausgesprochen, daß durch das Giro eines Wechsels auch das Recht, welches der Indossant aus einem gegen den Schuldner erlangten Wechselzahlungsmandat erworben, auf den Indossatar übergehe.

Digitized by Google

zu einem Papier auf den Inhaber, so daß der mit Blankogiro versehene Wechsel durch einfache Uebergabe weiter begeben werden kann, und jeder neue Erwerber unmittelbar wieder durch das Blankoindossament und den Besitz des Wechsels als dessen rechtmäßiger Eigenthümer bis zum Beweise des Gegentheils gilt und zur Klage legitimirt ist.[9] Dasselbe muß auch in dem Falle gelten, wenn dem Blankogiro zwar weitere Indossamente nachgefolgt, diese aber von dem Blankoindossanten, an welchen der protestirte Wechsel im Regreßwege zurückgekommen, wieder ausgestrichen worden sind, und nach erfolgter Durchstreichung der Wechsel mit dem stehen gebliebenen Blankogiro durch einfache Uebergabe wieder weiter begeben worden ist. Zwar ist nach Art. 36, Abs. 1 der a. d. W.-O. in dem Falle, wenn auf ein Blankogiro ein weiteres Indossament folgt, anzunehmen, daß der Aussteller des letzteren den Wechsel durch das Blankogiro erworben hat. Allein da nach Art. 55 jeder Indossant, der einen seiner Nachmänner befriedigt hat, befugt ist, sein eigenes und seiner Nachmänner Indossamente auszustreichen und ausgestrichene Indossamente nach Art. 36, Abs. 2 bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben anzusehen sind, so können diese bei der Frage der Legitimation des jeweiligen Wechselinhabers nicht mehr in Betracht und der Absatz 1 des Art. 36 nicht zur Anwendung kommen, und es muß der neue Erwerber des Wechsels als durch das Blankogiro legitimirt angenommen werden, wie wenn solchem ein Indossament niemals nachgefolgt wäre. Hiegegen wird zwar geltend gemacht, daß in dem Falle, wenn zwischen der Ausstellung des Blankogiro und dem Erwerbe des Wechsels der Protest Mangels Zahlung in Mitte liege, jenes dem Protest vorangegangene Blanko-

[9] Borchardt, W.-O. (2. Aufl.) S. 64. Haimerl, Anl. z. Studium des W.-R. S. 86, 87. Kletke, Präj. S. 180 Nr. 441. Archiv für d. W.-R. Bd. 4. S. 454, 455.

Digitized by Google

giro zur Legitimation des späteren Erwerbers des Wechsels nicht dienen könne, sondern dieser eine neuerdings nach dem Protest auf ihn geschehene Indossirung des Wechsels erweisen müsse. Allein eine besondere Bestimmung, welche die Anwendbarkeit der Art. 12, 13 und 36 der a. d. W.-O. auf solche Wechsel beschränken würde, welche noch nicht Mangels Zahlung protestirt worden, enthält die a. d. W.-O. nicht, und es steht daher ein äußeres Hinderniß nicht im Wege, dieselben auch auf protestirte Wechsel anzuwenden. Ebensowenig sprechen aber auch innere Gründe dagegen. Zwar wird sich darauf berufen, daß nach Art. 16, Abs. 2 der a. d. W.-O. mit dem Mangels Zahlung erhobenen Proteste die zusammenhängende Reihe der ordentlichen Indossamente geschlossen werde, und ein späterer nicht zu jener Reihe von Indossataren gehörende Erwerber des Wechsels nicht die Rechte eines gewöhnlichen Wechselinhabers, sondern nur die Rechte seines Indossanten gegen den Acceptanten, den Aussteller und Diejenigen, welche den Wechsel bis zur Protesterhebung indossirt haben, erwerbe.[10] Allein dieß hat mit der Legitimationsfrage nichts zu thun, denn daraus, daß die Rechte des Wechselinhabers, welcher vor der Protestirung nicht zu den wechselmäßig berechtigten oder verpflichteten Personen gehört hat, beschränktere sind, als die Rechte der letzteren, folgt nicht, daß jener ein älteres Blankoindossament zu seiner Legitimation nicht benützen kann, sondern nur, daß, wenn er dieses benützt, ihm demungeachtet keine weiteren, als die im Abs. 2 des Art. 16 bezeichneten Rechte zukommen können. Ein innerer Grund für die Unzulässigkeit der Legitimationsbegründung des späteren Erwerbers durch ein älteres

[10] Entsch. des braunschweig'schen Kassationshofs vom 9. Dez. 1856 und des Obergerichts zu Hamburg vom 18. Juni 1858. Borchardt, W.-O. S. 106, Note 151. Archiv f. d. W.-R., Bd. 7, S. 373. Archiv für Rechtspfl. in Braunschweig. Bd. 4, S. 122.

Digitized by Google

Blankogiro liegt in der Bestimmung des Art. 16 nicht, und es muß daher solche um so mehr zugelassen werden, als auch die Rücksicht auf die möglichste Beförderung der Freiheit des Wechselverkehrs dafür spricht.[11]

Entsch. des Obertribunals vom 10. Sept. 1861 in S. Egelhaaf c. Münchenberg; vom 24. Dezember 1861 in S. Buhlmann und Keller c. Häcker; vom 21. Febr. 1862 in S. Bacher c. Hecker.

Zu Art. 19, 20 und 98, Ziff. 3 der a. d. W.-O.

7) Feststellung des Präsentationstags bei Sichtwechseln.

a) Bei Wechseln, welche auf eine bestimmte Zeit nach Sicht gestellt sind, ist es nothwendig, den Tag der Präsentation festzustellen, um die Verfallzeit des Wechsels bestimmen zu können. Jene Feststellung kann bei Tratten durch Datirung des Accepts, bei eigenen Wechseln durch eine Beurkundung des Ausstellers auf dem Wechsel, oder durch Erhebung eines Protestes erfolgen.

---

[11] In Uebereinstimmung hiemit hat auch das Obertribunal zu Berlin in Entsch. v. 23. Febr. 1854, 17. Juli 1858 und 16. April 1859 und das Oberappell.-Ger. zu Dresden in Entsch. v. 19. Febr. 1856 und 16. Januar 1858 ausgesprochen, daß der bloße Besitz eines mehrfach begebenen Wechsels, wenn unter den aufgeschriebenen Begebungserklärungen ein Blankogiro enthalten ist, und die darauf folgenden auf andere als den Inhaber lautende Indossamente durch Ausstreichen wieder beseitigt worden sind, den Inhaber zur Wechselklage legitimire, wenn dieser auch erst nach dem Protest Mangels Zahlung den Wechsel erworben habe und feststehe, daß das fragliche Blankogiro schon vor dem Protest auf dem Wechsel gestanden und ursprünglich nicht für den jetzigen Inhaber bestimmt gewesen. Borchardt, W.-O. S. 104, Zus. 196, S. 105, 106, Zus. 199. Striethorst, Archiv Bd. 11, S. 370. Bd. 30, S. 191. Bd. 33, S. 143. Seufsert, Archiv Bd. 10, Nr. 80. Bd. 11, Nr. 90. Kletke, Präjud. S. 179, Nr. 436. Tauchnitz, Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. 15, S. 379. Archiv für d. W.-R. Bd. 9, S. 70. Sächs. Wochenbl. f. m. R. Jahrg. 1856, S. 305. Jahrg. 1858, S. 297. Vergl. auch die Entsch. des Obertribunals zu Berlin vom 26. Febr. 1856 im Archiv f. d. W.-R. Bd. 6, S. 94 f.

Digitized by Google

Letzteres ist jedoch nach Art. 20 der a. d. W.-O. nur dann erforderlich, wenn der Bezogene die Datirung seines Accepts verweigert; zunächst hat daher der Wechselinhaber zu versuchen, die Datirung des Accepts durch den Acceptanten, bei eigenen Wechseln die Beurkundung des Präsentationstags durch den Aussteller, zu erlangen, und nur im Falle der Weigerung, einem hierauf gerichteten Ansinnen zu entsprechen, muß zur Feststellung des Präsentationstags Protest erhoben werden. Erfolgt die Protesterhebung, ohne daß die Datirung des Accepts oder die Beurkundung des Präsentationstags zuvor verlangt und verweigert worden, so wird zwar durch den Protest der Tag der Präsentation festgestellt, aber es kann der Wechselinhaber, da die Protesterhebung ohne jene Weigerung nicht motivirt war, den Ersatz der Protestkosten nicht verlangen.

Entsch. des Obertribunals vom 22. Januar 1862 in S. Lachenmaier c. Waldschmidt.

b) Ein eigener Wechsel, „zahlbar bei Sicht" ausgestellt, war unter der in keiner Weise dokumentirten Behauptung eingeklagt worden, daß der Wechsel dem Aussteller längst zur Zahlung präsentirt, aber nicht eingelöst worden seye. Diese bloße Behauptung wurde zur Erkennung des Wechselprozesses nicht für zureichend erachtet, sofern bei einem bei Sicht zahlbaren eigenen Wechsel die Frage der Fälligkeit davon abhänge, ob der Wechsel dem Aussteller schon präsentirt worden, die Fälligkeit eines Wechsels aber eine wesentliche Voraussetzung der Statthaftigkeit der Wechselklage bilde, somit durch Beurkundung der Präsentation auf dem Wechsel Seitens des Ausstellers oder durch Protesterhebung erwiesen seyn müsse, ehe der Wechselprozeß erkannt werden könne.

Entsch. des Obertribunals vom 16. Februar 1861 in S. Hübler c. Keckeisen.

c) Der Beweis der Präsentation eines Sichtwechsels zur Zahlung wird durch die Protesturkunde auch dann

Digitized by Google

geführt, wenn der Ausſteller bei der Proteſterhebung nicht anzutreffen war.

Entſch. des Obertribunals vom 6. März 1861 in S. Hübler c. Keckeiſen.

d) In einem Falle, in welchem das Accept eines auf beſtimmte Zeit nach Sicht geſtellten Wechſels nicht datirt worden, war ein Proteſt Mangels Zahlung aufgenommen worden. Dieſer Proteſt wurde zwar als verfrüht angenommen, da der Wechſel zur Zeit der Proteſterhebung noch nicht verfallen war, ſoferne nach Art. 20 der a. d. W.-O. gegen den Acceptanten, welcher die Datirung ſeines Accepts unterlaſſen hat, die Verfallzeit des Wechſels erſt vom letzten Tage der Präſentationsfriſt an gerechnet wird, wenn nicht durch Proteſt ein früherer Präſentationstag feſtgeſtellt worden iſt. Dagegen wurde angenommen, daß durch den Proteſt Mangels Zahlung der Beweis, daß an dem Proteſttage der Wechſel präſentirt worden, geliefert und daher die Verfallzeit des Wechſels von dieſem Tage an zu berechnen ſeye.

Entſch. des Obertribunals vom 22. Januar 1862 in S. Lachenmaier c. Waldſchmidt.

e) Wenn ein auf beſtimmte Zeit nach Sicht geſtellter eigener Wechſel neben der Unterſchrift des Ausſtellers ein von dem Ausſteller gleichfalls unterzeichnetes, mit ſpäterem Datum verſehenes Accept enthält, ſo ſtellt ſich dieſes Accept als die Beurkundung des Ausſtellers dar, daß ihm an dem im Accept genannten Tage der Wechſel präſentirt worden, und es iſt die Verfallzeit des Wechſels von dieſem Tage an zu berechnen.

Entſch. des Obertribunals vom 13. Nov. 1861 in S. Löbelenz c. Speidel; vom 22. Jan. 1862 in S. Stähle c. Gräſer.

Zu Art. 22 der a. d. W.-O.

8) Beſchränkung des Accepts durch eine Bedingung.

Nach Art. 22, Ziff. 2 der a. d. W.-O. ſoll ein Wechſel, wenn dem Accepte andere Einſchränkungen, als die Beſchränkung auf einen Theil der Wechſelſumme beigefügt wor-

Digitized by Google

den sind, zwar einem solchen gleichgeachtet werden, dessen Annahme gänzlich verweigert worden, es hat aber der Acceptant nach dem Inhalt seines beschränkten Accepts wechselmäßig zu haften. Unter diese Bestimmung fällt auch ein unter einer wirklichen Bedingung erfolgtes Accept,[12] denn nach der gewöhnlichen Wortbedeutung ist eine Einschränkung des Accepts auch dann vorhanden, wenn die Wirksamkeit des Accepts von einer eigentlichen Bedingung abhängig gemacht wird, und daß dieß auch der Sinn des Gesetzes ist, und unter den im Abs. 2 des Art. 22 genannten „anderen Einschränkungen" auch Bedingungen begriffen werden wollten und begriffen sind, bestätigen sowohl die Motive zum preußischen Entwurf §. 24, welche unter den nicht auf die Wechselsumme sich beziehenden „anderen Einschränkungen" ausdrücklich auch Bedingungen aufführen,[13] als auch die Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz, in welchen gleichfalls von, dem Accepte beigefügten, eigentlichen Bedingungen neben den andern Einschränkungen die Rede ist.[14] Dem-

[12] In dem Falle, welcher die obige Entscheidung veranlaßte, lautete das Accept dahin: „angenommen unter der Bedingung, daß die erhaltenen Waaren innerhalb dieser Zeit von keiner Seite reklamirt werden." Ob diese Bedingung eingetreten, war bestritten, wurde aber als erwiesen angenommen.

[13] Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz (Leipzig 1848). S. LIV.

[14] Ebendas. S. 47—50, 197—200. Der preußische Entwurf §. 24 stimmte mit dem jetzigen Art. 22 vollkommen überein, (ebendas. S. IX.) und aus den Motiven erhellt, daß die fragliche Bestimmung auch auf wirkliche Bedingungen, durch welche ein Accept eingeschränkt worden, sich beziehen sollte. (S. LIV.) In der Sitzung der Leipziger Wechselkonferenz vom 2. Nov. 1847 wurde eine Aenderung dahin beantragt: „Der Trassat darf ohne Genehmigung des Inhabers und durch diesen veranlaßte vorgängige Protesterhebung den Wechsel weder für eine geringere Summe, noch in einer andern Währung, noch auf eine andere Verfallzeit, als worauf der Wechsel lautet, noch unter irgend einer von dem Inhalte des Wechsels abweichenden Bedingung acceptiren ꝛc." (S. 47). Von anderer Seite wurde am 3. Nov. 1847 eine Aenderung dahin vorgeschlagen: „Der Bezogene kann nur nach erhobenem Proteste durch Beisätze oder Zusätze bedingt oder beschränkt acceptiren u. s. w." (S. 50). Beschlossen wurde, daß jede Beschränkung,

Digitized by Google

gemäß geht auch die Ansicht mehrerer Commentatoren der a. d. W.-O. dahin, daß auch ein unter einer eigentlichen Bedingung erfolgtes Accept für den Acceptanten wechselmäßige Haftung zur Folge habe.[15]

Entsch. des Obertribunals vom 3. Juli 1861 in S. Marcus c. Wißmann.

---

welche nicht auf die Größe der verschriebenen Summe sich beziehe, unbedingt für nicht geschrieben anzusehen seye (S. 51), und in der Sitzung vom 29. Novbr. 1847 wurde bemerkt, daß nach diesem Beschluß eine dem Accepte beigefügte Bedingung oder Beschränkung als nicht geschrieben zu betrachten seye" (S. 197). Zugleich wurde jedoch hervorgehoben, daß durch diese Bestimmung die Freiheit der Parteien ohne Noth beschränkt werde, und es wurden daher verschiedene Abänderungsanträge gemacht. Bei der Berathung derselben wurde unter Anderem bemerkt: „Man könne die bei Verträgen beigefügten Bedingungen nicht als nicht geschrieben ansehen... Wenn der Bezogene in einem Wechsel erkläre, daß er den Wechsel zur Zahlung auf einen späteren Verfalltag, in einer andern Währung oder unter der Bedingung eines nicht aus dem Wechsel ersichtlichen Ereignisses acceptire, so werde wohl Jedermann sagen müssen, der Wechsel seye nicht acceptirt" (S. 199). „Es seye überflüssig, auf einzelne Bedingungen und Beschränkungen der Acceptation einzugehen, ... denn der beantragte Grundsatz seye auf alle Arten von Bedingungen und Beschränkungen anwendbar ..." (S. 199, 200). „Alle Beschränkungen ... für nicht geschrieben anzusehen, ... seye zu weit gegangen, aber wichtig erscheine eine solche Vorschrift in Ansehung solcher Beschränkungen, durch welche eine außerhalb des Wechselgeschäfts liegende Bedingung, eine Veränderung des Zahlungsorts oder eine Verlängerung der Zahlungszeit einzuführen beabsichtigt werde." (S. 200.) „Es liege kein Bedürfniß vor, eine auf die Verfallzeit sich beziehende Bedingung oder Beschränkung exceptionell gegen andere Bedingungen oder Beschränkungen zu behandeln. (Ebendaselbst.) Schließlich wurde beschlossen, den §. 24 des preuß. Entwurfs wieder herzustellen. (Ebendas.) Daß dem Accepte beigefügte wirkliche Bedingungen eine andere Wirkung haben sollen, als sonstige nicht auf die Wechselsumme bezügliche Einschränkungen, wurde von keiner Seite geltend gemacht.

[15] Koch, Wechselrecht S. 169 f. Hoffmann, W.-O. S. 308. Renaud, Anl. zum Studium des Wechselrechts §. 35. Auch Bluntschli, W.-O. S. 59, 60 nimmt an, daß eine bedingte Acceptation eine wechselrechtliche Verbindlichkeit des Acceptanten bwirke, beschränkt

Zu Art. 41 und 88, Ziff. 3, der a. d. W.-O.

9) Inhalt der an den Protestaten zu richtenden Aufforderung.

Nach Art. 41 der a. d. W.-O. ist zur Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung statthaften Regresses gegen die Aussteller und die Indossanten erforderlich, daß der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden, und sowohl diese Präsentation, als die Nichterlangung der Zahlung durch einen rechtzeitig darüber aufgenommen Protest dargethan wird. In einem Falle, in welchem eine Regreßklage gegen den Aussteller des Wechsels wegen nicht erlangter Zahlung durch den Trassaten erhoben worden, lautete der Protest dahin: „es wurde der Wechsel dem Trassaten zur Erklärung vorgezeigt. Derselbe erklärte, er nehme den Wechsel nicht an, da er dem Aussteller G. geschrieben habe, er werde an Weihnachten bezahlen, was er schuldig seye. Da sonach die Annahme nicht erfolgte, ..." Diese Protestaufnahme wurde zu Begründung der Regreßklage nicht für genügend erachtet, und daher der Wechselprozeß abgeschlagen, weil nach dem Wortlaut der Protesturkunde nur ein Protest Mangels Annahme aufgenommen worden, und durch die Protesturkunde daher weder die Präsentation zur Zahlung, noch die Verweigerung der letzteren durch den Trassaten dargethan seye, während dieß die formelle Bedingung der Statthaftigkeit des Regresses bilde.

Entsch. des Obertribunals vom 22. Dez. 1860 in S. Ullmann c. Gleich.

---

dieß aber auf den Fall, wenn die Erfüllung oder Nichterfüllung der Bedingung unbestritten seye, während im Falle eines Streits hierüber keine Wechselschuld des Acceptanten entstanden und die Streitfrage auf dem gewöhnlichen Rechtswege zu erledigen seye. Allein die Liquidität ist Frage des Beweises, und dieser Beweis kann je nach Beschaffenheit der Beweismittel auch im Wechselverfahren geliefert werden. Ist der Beweis nicht sofort zu erbringen, so hat freilich die Verweisung auf den ordentlichen Rechtsweg zu erfolgen.

Digitized by Google

Zu Art. 41 der a. d. W.-O.

10) Vorlegung der Protesturkunde durch den Kläger.

Der Wechselkläger, welcher auf die Thatsache eines rechtzeitig erhobenen Protests seine Klage oder doch einzelne Ansprüche (Forderung der Protestkosten, einer Provision) gründet, hat mit der Klage die Protesturkunde vorzulegen, da ohne diese die Rechtzeitigkeit und Ordnungsmäßigkeit der Protesterhebung sich nicht beurtheilen läßt. Wird die Protesturkunde nicht vorgelegt, so ist daher der Kläger, auch wenn der Beklagte an dem Termin ungehorsam ausgeblieben, mit den auf die Protesterhebung gegründeten Ansprüchen abzuweisen.

Entsch. des Obertrib. v. 16. April 1861 in S. Christmann c. Hardtstern.

Zu Art. 42 der a. d. W.-O.

11) Wirkung der Klausel „ohne Kosten" auf die Forderung einer Provision.

Der Anspruch auf eine Provision setzt stets die rechtliche Möglichkeit eines Regresses voraus, und steht daher regelmäßig nur demjenigen Inhaber eines Wechsels zu, welcher den Wechsel bei ermangelnder Zahlung zur Sicherung des Regresses gegen seine Vormänner rechtzeitig hat protestiren lassen, oder welcher auf den Grund eines rechtzeitigen Protests den Wechsel im Regreßwege zurück erhalten hat. (Art. 50 u. 51 der a. d. W.-O.)[16] Hat jedoch der Indossant eines Wechsels seinem Indossament die Klausel: „ohne Kosten" beigefügt, so hat er damit den Erlaß des Protestes seinen Nachmännern gegenüber ausgesprochen, und es findet, wenn der Bezogene zur Verfallzeit keine Zahlung leistet, der Regreß gegen den Indossanten Statt, ohne daß es einer vorherigen Protestaufnahme gegen den Acceptanten bedürfte. In diesem Falle ist daher auch der Anspruch einer Provision, begründet, wenn gleich kein Protest erhoben worden ist, da

[16] Dieses Archiv, Bd. 3, S. 428, Ziff. 7.

Digitized by Google

die Forderung einer Provision nur von der rechtlichen Möglichkeit eines Regresses Mangels Zahlung abhängt, und sobald eine Regreßklage an sich begründet ist, auch die Provision gefordert werden kann.

Entsch. des Obertrib. v. 26. Juni 1861 in S. Schwarz u. S. c. Zeiller.

Zu Art. 24 und 43 der a. d. W.-O.

12) Bedeutung des Ausdrucks „zahlbar bei" in Domicilwechseln.

Ein Domiciliat ist bei einem Domicilwechsel vorhanden, wenn in demselben ein Anderer als der Bezogene, oder bei eigenen Wechseln ein Anderer als der Wechselaussteller benannt ist, durch welchen die Zahlung an dem, vom Wohnorte des Bezogenen oder beim eigenen Wechsel des Ausstellers verschiedenen Zahlungsort erfolgen soll. Nun findet sich in vielen Domicilwechseln der Beisatz: „zahlbar bei Herrn N. N." und in diesem Falle entsteht die Frage, ob hierin die Benennung eines Domiciliaten gefunden werden kann. Für die Verneinung spricht, daß nach der gewöhnlichen Wortbedeutung der Ausdruck „zahlbar bei" mit zahlbar durch" nicht gleichbedeutend ist, und der erste Ausdruck sich vielmehr als eine nähere Bezeichnung des Lokals darstellt, wo der Bezogene, oder beim eigenen Wechsel der Aussteller, selbst Zahlung zu leisten habe. Im Hinblick hierauf wurde von dem Obertribunal in einem Falle, wo ein Domicilwechsel den Beisatz enthielt „zahlbar bei Hr. Großfürstenwirth R. in St.," dieser Ausdruck nicht als Benennung eines Domiciliaten, sondern als die Benennung des Lokals, in welchem der Bezogene zur Zahlungszeit selbst anzutreffen seyn werde, aufgefaßt.

Entscheid. des Obertrib. v. 31. Juli 1861 in S. Gutmann c. Hendrix.

In einem neueren Falle dagegen wurde der Ausdruck „zahlbar bei Herrn S. zur Krone in E." in einem von einem Kaufmann gezogenen Domicilwechsel als gleichbedeutend mit „zahlbar durch" und der Wechsel daher als ein Domi-

Digitized by Google

cilwechsel mit benanntem Domiciliaten angenommen, indem zu Begründung dieses Anspruchs angeführt wurde, daß nach allgemein anerkanntem Handelsgebrauch der Ausdruck „zahlbar bei Herrn N." die Bedeutung habe, daß die Bezahlung durch Herrn N. erfolgen solle. [17]

Entsch. des Obertrib. v. 26. Febr. 1862. in S. Jaus c. Löffler.

---

[17] Uebereinstimmend mit der ersteren Entscheidung ist ein Erk. des OAG. zu München vom 23. Mai 1854 in Seufferts Archiv Bd. 10, Nro. 282 und in der Zeitschrift für Gesetz und Rechtspflege in Bayern Bd. 2, S. 509, wobei es sich jedoch nicht von einem wirklichen Domicilwechsel handelte. Auch in einer Entsch. des OAG. zu Celle, mitgetheilt im Archiv f. d. W.R. Bd. 6, S. 210 ist gesagt, daß die Worte in einem Domicilwechsel, „zahlbar bei Herrn N." nicht für die Benennung eines Domiciliaten sprechen. Dagegen hat das Obertribunal zu Berlin am 3. Mai 1855, 19. Febr. 1856, 11. Juli 1857 und 27. März 1858 ausgesprochen, daß die Worte „zahlbar bei" dieselbe Bedeutung haben, wie „zahlbar durch," und daher gleich diesen die Benennung eines Domiciliaten enthalten, indem die erstere Formel eine im kaufmännischen Wechselverkehr allgemein übliche seye und ihre Gleichbedeutung mit letzterem Ausdruck im Verkehrsleben nicht bezweifelt werde. Borchardt, W.O. (2. Aufl.) S. 85, 262. Archiv f. d. W.R. Bd. 6, S. 223, Bd. 7, S. 401. Seuffert, Archiv Bd. 13, Nro. 117, vergleiche auch ebendaselbst Bd. 3, Nro. 365, Bd. 11, Nro. 282. Ebenso hat die Handelskammer der freien Stadt Frankfurt in einem, von Malß in Goldschmidt's Zeitschr. für das ges. Handelsrecht Bd. 4, S. 174 mitgetheilten Gutachten vom 31. Dezbr. 1857 sich dahin ausgesprochen, daß die Formel „zahlbar bei N." in Domicilwechseln nach der kaufmännischen Gewohnheit und der bekannten Rechtsprechung die Bedeutung habe, daß die Zahlung durch N. erfolgen solle. Derselben Ansicht ist Brauer, W.O. S. 81; L. Wächter im Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 156 oben, und Hoffmann, Erl. der W.O. S. 321. Vergleiche auch Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 7, S. 57 ff. Der Verfasser dieses hatte in neuerer Zeit Gelegenheit, eine größere Anzahl Domicilwechsel von Stuttgarter, Leipziger und Frankfurter Handlungs- und Bankhäusern, sowie von einem großen Fabrikgeschäft in Preußen einzusehen, in welchem der Domiciliat stets mit den Worten „zahlbar bei Herrn N." bezeichnet war. Man wird daher genügenden Grund zu der Annahme haben, daß diese Formel die im kaufmännischen Wechsel-Verkehr für die Benennung eines Domiciliaten allgemein übliche ist, und somit, wo nicht besondere Gründe entgegenstehen, in dem Gebrauch besagter Formel die Benennung eines

Digitized by Google

Zu Art. 45 der a. d. W.-O.

13) Nur der unmittelbare Vormann ist von der Nichtzahlung des Wechsels zu benachrichtigen. Ersatz der Auslagen.

Da nach Art. 45 der a. d. W.-O. der Inhaber eines Mangels Zahlung protestirten Wechsels nur zur Benachrichtigung seines unmittelbaren Vormanns von der Nichtzahlung des Wechsels verpflichtet ist, so kann derselbe, wenn er auch seinen weiteren Vormännern diese Nachricht zugehen läßt, den Ersatz der ihm hiedurch erwachsenen Auslagen von dem Acceptanten nicht verlangen.

Entsch. des Obertrib. vom 22. Januar 1862 in S. Schwegler c. Roller.

Zu Art. 47 der a. d. W.-O.

14) Benachrichtigung des Vormanns von der Nichtzahlung des Wechsels im Falle mangelnder Bezeichnung seines Wohnorts.

Nach Art. 45 der allgemeinen deutschen Wechselordnung hat die hier dem Inhaber eines Mangels Zahlung protestirten Wechsels vorgeschriebene Benachrichtigung von der Nichtzahlung des Wechsels dem unmittelbaren Vormann zu geschehen. Dieser Vorschrift kann der Natur der Sache nach der Wechselinhaber nur dann nachkommen, wenn der Wohnort seines unmittelbaren Vormanns ihm bekannt ist, und diese Bekanntschaft muß daher als die stillschweigende Voraussetzung der Vorschrift des Art. 45 betrachtet werden. Der Regel nach wird nun zwar der

---

Domiciliaten erblicken müssen. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt ein, wenn eine Tratte zahlbar beim Aussteller gestellt worden, in welchem Falle aus besonderen Gründen die Benennung eines Domiciliaten hierin nicht erblickt werden kann. Vergleiche meinen Aufsatz in diesem Archiv oben S. 83 ff. Auf letzteren Fall beziehen sich die Entsch. des obersten Gerichtshofs zu Wien in der österr. Gerichts-Zeitung von 1854 Nro. 85 und von 1861 S. 160, sowie im Archiv f. d. W.R. Bd. 5, S. 83 ff. und S. 338.

Digitized by Google

Inhaber eines Wechsels seinen Vormann und dessen Wohnort kennen; allein bei Blankogiros kann es, da vermittelst derselben der Wechsel gleich einem Papier auf den Inhaber durch viele, aus dem Wechsel nicht ersichtliche Hände gegangen seyn kann, ehe er in den Besitz des letzten Inhabers gelangt ist, leicht vorkommen, daß der nach Art. 36 der allgemeinen deutschen Wechselordnung als sein unmittelbarer Vormann zu betrachtende Blanko-Indossant und dessen Wohnort dem letzten Inhaber durchaus unbekannt ist, und der Regel nach läßt sich auch aus dem Wechsel der Wohnort des Blanko-Indossanten nicht ersehen. Für diesen Fall bedurfte es daher zu Gunsten des Inhabers einer Bestimmung, durch welche er der im Art. 45 ausgesprochenen Verpflichtung zu Benachrichtigung des unmittelbaren Vormanns enthoben wurde, und diesem Bedürfnisse ist im Art. 47 entsprochen, indem hier bestimmt ist, daß wenn ein Indossant den Wechsel ohne Hinzufügung einer Ortsbezeichnung weiter begeben, der Vormann desselben von der unterbliebenen Zahlung zu benachrichtigen sey. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung: „so ist — zu benachrichtigen" scheint dieselbe zwar weiter, als auf eine bloße Enthebung von der Verpflichtung zur Notifikation des unmittelbaren Vormanns zu gehen, und eine den Inhaber bindende Vorschrift zu enthalten. Allein schon die Betrachtung ihres aus der Natur der Sache erhellenden Zwecks zeigt, daß die Vorschrift nur als fakultative gegeben seyn kann, und dem Inhaber durch fragliche Bestimmung nur freigestellt werden wollte, anstatt des unmittelbaren Vormanns dessen Vormann von der Nichtzahlung des Wechsels zu benachrichtigen. Denn dem bereits hervorgehobenen Bedürfnisse war hiemit genügt, und weiter zu gehen und dem Inhaber auch für den Fall seiner sonstigen Bekanntschaft mit dem Wohnort seines Vormanns die Notifikation an dessen Vormann präceptiv vorzuschreiben, lag nicht nur kein Grund vor, sondern es spricht die Erwägung,

Digitized by Google

daß die Bestimmung des Art. 47 unzweifelhaft eine Erleichterung für den Inhaber bewirken sollte, geradezu dagegen. Hätte der Inhaber durch den Art. 47 gebunden werden wollen, in dem Falle, wenn sein Indossant ohne Hinzufügung einer Ortsbezeichnung den Wechsel weiter begeben, stets dessen Vormann zu notificiren, so würde dieß in vielen Fällen, anstatt zu einer Erleichterung, zu einer weiteren Belästigung des Inhabers führen. Denn wenn dieser seinen unmittelbaren Vormann und dessen Wohnort sonst kennt, und er überzeugt ist, von demselben im Falle seiner Benachrichtigung sofortige, unweigerliche Deckung zu erhalten, so wird es in seinem Interesse liegen, die Nachricht von der Nichtzahlung diesem zugehen zu lassen, und es wäre für ihn keine Erleichterung mehr, sondern nur eine zwecklose Last, wenn er den, ihm vielleicht ganz unbekannten, oder unsicheren, oder weit entfernten Vormann seines Vormanns um deßwillen, weil letzterer seinem Indossamente keine Ortsbezeichnung beigesetzt, von der Nichtzahlung des Wechsels benachrichtigen müßte.

Daß letzteres nicht der Sinn des Gesetzes ist, und der präceptive Schein desselben nur in einer ungenauen Fassung seinen Grund hat, erhellt auch aus der Geschichte der fraglichen Gesetzesbestimmung. Der preußische Entwurf, welcher zwar die Notifikation als eine den Regreß bedingende Solennität vorschrieb, aber eine sprungweise Notifikation zuließ, hatte der fraglichen Bestimmung nicht bedurft. Sie wurde erst nothwendig, als nach Verwerfung des strengen Notifikationssystems der Referent der Leipziger Konferenz in seinem in der Sitzung vom 24. November 1847 vorgelegten Promemoria den Vorschlag machte, die Notifikation nicht sprungweise zu gestatten, sondern die Verpflichtung des Inhabers zur Benachrichtigung seines unmittelbaren Vormanns und von diesem weiter je von einem Indossatar an seinen Indossanten auszusprechen. Für den Fall der Annahme dieses Vorschlags,

Digitized by Google

bemerkte der Referent, werden die Schwierigkeiten zu berücksichtigen seyn, welche der Benachrichtigung eines Indossanten, der in blanco weiter begeben, entgegenstehen, und er schlug daher vor, zu bestimmen: „der Indossant, welcher den Wechsel durch ein Blanko-Indossament weiter begibt, verzichtet hiedurch auf das Recht, von der Nichtzahlung des Wechsels benachrichtigt zu werden.“ [18] Hiemit war die Konferenz in der Sitzung vom 24. November 1847 einverstanden, nur war man der Meinung, daß der Artikel eine veränderte Fassung eben dahin erhalten müsse: „der Indossant, dessen Aufenthalt aus dem Wechsel nicht hervorgeht, kann bei der Notifikation übersprungen werden.“ [19] Von der Fassungskommission wurde dann aber ohne weitere Motivirung die jetzige Fassung beliebt, [20] und solche auch in der Sitzung vom 7. Dezember 1847 ohne Beachtung des Einwurfs, daß hiebei der Fall, wo der Inhaber den Wohnort des Indossanten wisse, nicht berücksichtigt seye, von der Konferenz genehmigt. [21]

Hieraus erhellt, daß die fragliche Bestimmung ihre Entstehung lediglich dem in dem Promemoria des Referenten der Leipziger Konferenz ausgesprochenen Bestreben verdankt, den Wechselinhaber vor den Schwierigkeiten der Benachrichtigung eines Blanko-Indossanten zu schützen, und daß die Absicht der Konferenz bei der Berathung des Vorschlags ihres Referenten, wie aus den Worten „kann ..... übersprungen werden,“ klar erhellt, dahin ging, jenem Zwecke entsprechend dem Wechselinhaber die Ueberspringung des unmittelbaren Vormanns, dessen Aufenthalt aus dem Wechsel nicht ersichtlich, nur zu gestatten, nicht aber anzubefehlen. Dieß muß daher auch als der wahre Sinn des Art. 47 angenommen werden,

[18] Leipz. Conf.Prot. (Leipz. Ausg.) S. 180.
[19] Ebendaselbst S. 176.
[20] Ebendaselbst S. 258, §. 48.
[21] Ebendaselbst S. 287.

Digitized by Google

da dessen jetzige Fassung lediglich in Ausführung des vorangegangenen Konferenzbeschlusses erfolgt, und nicht zu ersehen ist, daß von solchem nachher wieder abgegangen worden. Denn daraus, daß der gegen die jetzige Fassung erhobene Anstand von der Konferenz unbeachtet gelassen wurde, beweist nicht, daß die Konferenz ihre früher ausgesprochene Ansicht geändert, sondern es läßt sich dieß ganz wohl daraus erklären, daß das erhobene Bedenken nicht für gegründet oder nicht für erheblich erkannt wurde.

In Uebereinstimmung mit der in Vorstehendem entwickelten Ansicht ist im §. 8 des Frankfurter Einführungsgesetzes zur allgemeinen deutschen Wechselordnung gesagt: „der Art. 47 der deutschen Wechselordnung ist so zu verstehen, daß, wenn ein Indossant den Wechsel ohne Hinzufügung einer Ortsbezeichnung weiter begeben hat, der Inhaber oder Indossant befugt ist, statt desselben dessen Vormann zu benachrichtigen." Ebenso haben sich Brauer,[22] Lutterroth,[23] Bluntschli[24] und Haimerl[25] dafür ausgesprochen, daß die Vorschrift des Art. 47 nur fakultativ, somit durch solche dem Wechselinhaber nur gestattet sey, in dem Falle, wenn sein Vormann dem Indossamente keine Ortsbezeichnung beigefügt, diesen ohne Nachtheil zu übergehen und statt seiner dessen Vormann zu notifiziren, daß aber der Inhaber, welcher den Wohnort seines Vormanns sonst kenne und die Notifikation an diesen vorziehe, auch damit seiner Verpflichtung Genüge geleistet habe.

Noch weiter, aber darum zu weit, geht C. F. Koch,[26] indem dieser die Bestimmung des Art. 47 nur auf den Fall bezieht, wo der Inhaber des Wechsels den Wohnort seines

---

[22] W.O. S. 115 und im Archiv f. d. W.R. Bd. 8, S. 9—10.
[23] im Archiv f. d. W.R. Bd. 1, S. 416—419.
[24] W.O. S. 92.
[25] Anl. z. Stud. d. W.R. S. 162.
[26] W.R. S. 235.

Digitized by Google

Vormanns überhaupt nicht kennt, und in dem andern Falle, wo der Vormann, obwohl er seinem Indossamente keine Ortsbezeichnung beigefügt, dem Wechselinhaber sonst bekannt ist, diesem dessen Benachrichtigung nicht nur gestattet, sondern sogar zur Pflicht macht, da in diesem Falle die Unterlassung seiner Benachrichtigung als dolos erscheinen würde. Allein dieß ist ein (übrigens nicht stichhaltiges) Argument gegen die Bestimmung des Gesetzes; nachdem aber dieses einmal für den Fall der unterbliebenen Hinzufügung einer Ortsbezeichnung die Ueberspringung des Vormanns unbedingt gestattet, so hat letzterer, wenn er die Ortsbezeichnung demungeachtet unterläßt, seine Uebergehung seiner eigenen Handlung zuzuschreiben, und es kann von einem dolus des Wechselinhabers keine Rede seyn. Allerdings ist der Grund und Anlaß des Gesetzes darin zu suchen, daß dem Wechselinhaber gegen die Schwierigkeiten der Notifikation an Personen, deren Wohnort ihm unbekannt, Schutz gewährt werden sollte, und dieser Grund trifft in dem Falle nicht zu, wenn der Inhaber seinen Vormann und dessen Wohnort kennt. Allein da diese Bekanntschaft in der Regel schwer erweislich seyn würde, so konnte hievon die Nothwendigkeit der Notifikation nicht abhängig gemacht werden, und es war daher durchaus gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber an einen, aus dem Wechsel selbst erkennbaren, äußerlichen Umstand die Verpflichtung zur Benachrichtigung des unmittelbaren Vormanns geknüpft hat.

Entsch. des Obertribunals vom 4. Dezbr. 1861 in S. Jakoby c. Seisser und Bernhardt.

Zu Art. 45—47 und Art. 50 d. a. d. W.-O.

15) Eine Entschädigung für die dem Wechselinhaber durch die Benachrichtigung seines Vormanns von dem Protest verursachte Bemühung findet nicht statt.

Für die dem Wechselgläubiger durch Benachrichtigung

Digitized by Google

des Vormanns erwachsende Bemühung kann derselbe eine Entschädigung von dem Wechselschuldner nicht beanspruchen. Auch ist das Geschäft der Benachrichtigung so einfacher Natur, daß solches jeder Wechselgläubiger selbst vornehmen kann, und kein Anwalt dazu nöthig ist. Es kann daher der Wechselgläubiger insbesondere auch die durch die Beauftragung eines Anwalts mit der Benachrichtigung ihm erwachsenen Kosten nicht ersetzt verlangen.

Entsch. des Obertribunals vom 5. Febr. 1862 in S. Schultheiß c. Groß.

Zu Art. 49, 50 und 51 der a. d. W.-O.

16) Legitimation zur Wechselregreßklage.

Zur Wechselregreßklage ist nach den Bestimmungen der Art. 49—51 der a. d. W.-O. nur der Inhaber eines Mangels Zahlung protestirten Wechsels, und ein Indossant insbesondere nur dann legitimirt, wenn er den protestirten Wechsel eingelöst oder als Rimesse erhalten hat. Es wurde daher in einem Falle, in welchem der auf die Regreßklage des letzten Inhabers eines protestirten Wechsels zur Bezahlung der Regreßforderung verurtheilte Vormann desselben weiter gegen seinen Vormann geklagt, und zu seiner Legitimation geltend gemacht hatte, daß er in Folge des ergangenen Wechselerkenntnisses in die Lage versetzt sey, seinen Nachmann befriedigen zu müssen, die Legitimation nicht als hergestellt angenommen, und dem Kläger aufgegeben, sich durch den Nachweis, daß er den protestirten, bei den Gerichtsakten in dem ersten Wechselprozesse befindlichen Wechsel wirklich eingelöst, zu Erhebung der Wechselregreßklage zu legitimiren.

Entsch. des Obertribunals vom 2. Okt. 1861 in S. Baumann c. Kötzle.

Zu Art. 53 der a. d. W.-O.

17) Legitimation des Inhabers eines nicht acceptirten Rückwechsels zur Einklagung des protestirten Hauptwechsels.

Da es für den Inhaber eines Mangels Zahlung

Digitized by Google

protestirten Wechsels wünschenswerth seyn kann, den Betrag seiner Regreßforderung ohne Verzug und früher zu erhalten, als er die Zahlung von dem Regreßpflichtigen zu erlangen vermöchte, so gestattet ihm der Art. 53 der a. d. W.-O., zum Zweck der Regreßnahme über den Betrag seiner Regreßforderung einen bei Sicht zahlbaren, sonst aber an keinerlei besondere Form gebundenen[27] Rückwechsel auf den Regreßpflichtigen auf dessen Kosten[28] zu ziehen, wodurch ihm ermöglicht wird, falls er einen Käufer für diesen neuen Wechsel findet, sich wegen seiner Regreßforderung durch den Verkauf des Rückwechsels sofort bezahlt zu machen.[29] Der Rückwechsel ist somit nichts als eine besondere, in die freie Wahl des Regreßnehmers gestellte Form der Regreßnahme von diesem gegen den Regreßpflichtigen und seine Ziehung hat keinen andern Zweck, als dem Regreßnehmer die Bezahlung seiner Regreßforderung auf kürzestem Wege zu verschaffen. Zu Erreichung dieses Zwecks wird aber in der Regel erforderlich seyn, daß der Regreßnehmer den Inhaber des Rückwechsels ermächtigt, im Falle der Nichthonorirung desselben durch den Retrassaten diesen aus dem protestirten Hauptwechsel

[27] Anders nach französischem Recht, welches für Rückwechsel bestimmte formale Erfordernisse aufstellt, die aber auf den Rückwechsel der a. d. W.-O. keine Anwendung finden, da letztere, und gewiß mit Recht, den Rückwechsel an keine beschränkende Förmlichkeiten gebunden hat. Vergl. auch Wächter, Wechsellehre S. 560.

[28] Nur zu diesem Zwecke, um den Regreßpflichtigen zu Bezahlung der Kosten des Rückwechsels zu verbinden, wurde eine besondere Bestimmung über Rückwechsel in die allgem. deutsche Wechselordnung aufgenommen; denn das Ziehen eines Rückwechsels an sich, d. h. einer neuen Tratte über die Regreßsumme wäre dem Regreßsuchenden auch ohne besondere gesetzliche Bestimmung freigestanden. Durch das Gesetz sollte ihm aber gestattet werden, dieß unter der einzigen Bedingung, daß die neue Tratte bei Sicht zahlbar gestellt worden, auf Kosten des Regreßpflichtigen zu thun. Leipziger Konferenzprotokolle (Leipzig 1848) S. 111, 112.

[29] Bluntschli, W.-O. S. 96. Koch, W.-R. S. 244. Renaud, W.-R. §. 86. Wächter, Wechsellehre S. 554.

Digitized by Google

auf Zahlung der Regreßsumme in Anspruch zu nehmen, da der Regreßnehmer andern Falls zu gewärtigen hätte, im Falle der Weigerung des Rücktrassaten, den Rückwechsel einzulösen, alsbald wieder von dem Inhaber des Rückwechsels im Regreßwege in Anspruch genommen und dadurch des Vortheils, welchen die Ziehung des Rückwechsels ihm gewähren sollte, sogleich wieder verlustig zu werden. Demgemäß wird man es der Regel nach und wenn keine besonderen Gründe entgegenstehen, als in der Absicht des Rücktrassanten liegend betrachten müssen, den Nehmer des Rückwechsels auch zur Einklagung des protestirten Hauptwechsels zu ermächtigen. Insbesondere wird diese Absicht dann zu unterstellen seyn, wenn der Rücktrassant dem Nehmer des Rückwechsels diesen als solchen bezeichnet und ihm den Grund seiner Ausstellung, sich dadurch um die Regreßforderung aus dem protestirten Hauptwechsel bezahlt zu machen, genannt, auch mit dem Rückwechsel zugleich den Hauptwechsel nebst Protest, also sämmtliche zum Beweise des Regreßrechts erforderlichen Dokumente, eingehändigt hat. In diesem Falle hat der Rücktrassant unzweideutig zu erkennen gegeben, daß er den Inhaber des Rückwechsels im Falle der Nichthonorirung desselben zur Einklagung des protestirten Hauptwechsels ermächtigt haben wolle, und es erscheint daher der Inhaber des Rückwechsels genügend legitimirt, die Regreßforderung aus dem Hauptwechsel einzuklagen. Dieß ist auch die von den Kommentatoren der a. d. W.-O. angenommene Ansicht.[30] Anders verhält es sich natürlich, wenn der Rücktrassant dem Nehmer des Rückwechsels diesen nicht als solchen bezeichnet, noch ihn sonst mit dem Grund seiner Ausstellung bekannt gemacht hat; in einem solchen Falle kann selbstverständlich, wie insbe-

[30] Brauer, W.-O. S. 121. Renaud, W.-R. §. 86, Note 13, S. 180. Haimerl, W.-R. S. 172, 173. O. Wächter, Wechsellehre S. 554. Koch, W.-R. S. 245. Bluntschli, W.-O. S. 97. Kheil, W.-R. S. 241.

Digitized by Google

sondere auch Haimerl[31] richtig bemerkt, von einer Legitimation des Inhabers des Rückwechsels zur Einklagung der Regreßforderung aus dem Hauptwechsel keine Rede seyn.

Strenger war das Obertribunal in einem Falle, in welchem der Indossatar eines von dem Regreßnehmer gezogenen, von dem Retrassaten aber nicht honorirten Rückwechsels auf Bezahlung der Regreßforderung aus dem protestirten Hauptwechsel geklagt und zu seiner Legitimation neben dem auf ihn girirten Rückwechsel den Hauptwechsel sammt Protest, sowie die von dem Rücktrassanten gefertigte Retourrechnung vorgelegt hatte, in welch' letzterer ausdrücklich bemerkt war, daß die Rücktrassanten sich um ihre in der Retourrechnung berechnete Regreßforderung aus dem Hauptwechsel durch die Ziehung des fraglichen Rückwechsels bezahlt machen wollen. Dieß wurde von dem Obertribunal zum Nachweise der Legitimation des Klägers nicht für genügend erachtet, weil nicht der Hauptwechsel, sondern nur der Rückwechsel durch Giro auf den Kläger übertragen worden, auch der Rückwechsel in seinem Texte sich nicht als solchen benenne[32]

---

[31] W.-R. S. 111.

[32] Daß der Rückwechsel in seiner äußeren Erscheinung schon als solcher sich darstellen müsse, ist in der a. d. W.-O. nicht vorgeschrieben, und auch der kaufmännische Gebrauch ist dagegen. Eine dahin abzielende Vorschrift könnte dem Zwecke des Rückwechsels leicht hinderlich werden; denn die Bezeichnung des Rückwechsels als solcher könnte in manchen Fällen den Retrassanten gerade desjenigen Vortheils berauben, welchen der Rückwechsel ihm zu verschaffen vorzugsweise bestimmt ist, nämlich die sofortige Deckung des Betrags seiner Regreßforderung durch Verkauf der Ritratte zu erhalten. O. Wächter, Wechsellehre S. 560 bemerkt in dieser Beziehung: „Wer den Wechsel im Contexte „Rückwechsel" nennen wollte, würde damit leicht ein schlechtes Geschäft machen, denn er erregte Besorgnisse wider das Papier, die es unverkäuflich machen könnten." Aus dem Umstande, daß ein Rückwechsel sich nicht selbst als solchen benennt, läßt sich daher nichts folgern, da die Unterlassung dieser Benennung nichts Besonderes ist, sondern zum mindesten die Regel bildet. Allerdings kann der Nehmer

Digitized by Google

und auf den Hauptwechsel keinen Bezug nehme, der Besitz des Hauptwechsels und Protests aber die Legitimation nicht herstellen könne, da es sich denken lasse, daß deren Zustellung an den Kläger nur zu dem Zwecke erfolgt seye, um diesen in den Stand zu setzen, dem Rücktrassaten für den Fall der Zahlung des Rückwechsels die gedachten Papiere ausliefern zu können, jene Zustellung daher keinen ausreichenden Grund für die Unterstellung abgebe, daß der Kläger für den Fall der Nichthonorirung des Rückwechsels zur Einklagung des ursprünglichen Hauptwechsels habe ermächtigt werden wollen.

Entsch. des Obertribunals vom 22. Januar 1862 in S. Güldenstein c. Dürrich.

Mit dem Grundsatze, dem Wechselverkehr die möglichst freie Bewegung zu verschaffen, scheint diese Strenge jedoch nicht im Einklange zu stehen und es dürften sich daher wohl die oben vorangestellten Grundsätze zur Anwendung empfehlen.

Zu Art. 74 der a. d. W.-O.

18) Der Art. 74 der a. d. W.-O. schützt den Besitzer eines Wechsels nur gegenüber von Dritten nicht gegen seinen eigenen Auctor.

Der Art. 74 der a. d. W.-O. kommt dem Besitzer eines Wechsels gegenüber von Demjenigen, von welchem er seinen Anspruch auf den Wechsel ableitet, nicht zu statten, da sich dieser Artikel nur auf das Verhältniß des Eigenthümers zum dritten Besitzer eines Wechsels bezieht. Es erhellt dieß aus der Natur der Sache, wie

---

des Rückwechsels in dem Falle, wenn ihm der Zweck seiner Ziehung nicht bekannt gemacht worden, zur Einklagung des protestirten Hauptwechsels nicht für legitimirt erachtet werden, allein ebenso liegt umgekehrt kein genügender Grund vor, diese Legitimation zu beanstanden, wo die Umstände jene Bekanntmachung außer Zweifel setzen und der Wechselnehmer die zur Einklagung des Hauptwechsels erforderlichen Papiere zugestellt erhalten hat.

Digitized by Google

aus der Entstehungsgeschichte des Art. 74. Abgesehen nämlich davon, daß, wo die Giltigkeit einer Tradition zwischen dem Tradenten und dessen unmittelbarem Nachfolger bestritten ist, in der Regel eine persönliche Klage zutreffen wird, bei welcher der böse Glaube oder unentschuldbare Irrthum des Empfängers nicht erforderlich wäre, so kann es sich auch bei der Eigenthumsklage in solchen Fällen nur darum handeln, ob das Eigenthum durch ein giltiges Rechtsgeschäft übertragen worden ist, wogegen der Grund der Singularität, welche der Art. 74 der a. d. W.-O. gegenüber den Grundsätzen des Civilrechts festsetzt, eben nur auf dritte Besitzer eines Wechsels paßt, welchen der Irrthum über die Berechtigung ihrer Vorgänger nicht schaden soll, ein Irrthum über die Giltigkeit ihres eigenen Erwerbsgrunds aber niemals zum Schutz gegen die Ansprüche des Eigenthümers gereichen könnte. Der Art. 74 war in dem der Berathung der a. d. W.-O. zu Grund liegenden preußischen Entwurf nicht enthalten und wurde bei der Berathung zuerst lediglich in Beziehung auf „bonae fidei possessores eines gestohlenen oder verloren gegangenen Wechsels", welche denselben „mit richtigem Titel und in gutem Glauben" erworben haben, in Vorschlag gebracht und selbst in dieser Beschränkung anfänglich abgelehnt, weil „die aufgeworfene Frage in das Civilrecht gehöre."[33] In einer späteren Sitzung der Konferenz wurde sodann eine Bestimmung hinsichtlich der Vindikation von Wechseln, welche durch verfälschte oder lückenhafte Indossamente in dritte Hände gekommen sind, in Vorschlag gebracht und gebilligt, und dieser Vorschlag wurde von der Redaktionskommission in §. 75 ihres Entwurfs, ohne weitere Motivirung, der Fassung des jetzigen Art. 74 gleichlautend redigirt und von der Konferenz ohne Debatte in solcher Gestalt

[33] Konferenzprotokolle (Leipz. Ausg.) S. 142—144.

angenommen.[34] Mit dieser Geschichte des Art. 74 stimmt auch die über den Artikeln 73 und 74 stehende Aufschrift: „Abhanden gekommene Wechsel" überein, welche nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht wohl auf Denjenigen bezogen werden kann, der sich eines Wechsels freiwillig begeben hat. Hieraus ergibt sich, daß der Art. 74 der a. d. W.-O. den Besitzer eines Wechsels nur gegenüber von Dritten und nicht gegen seinen eigenen Auctor schützen soll, welchem gegenüber von jenem nicht blos eine etwa zutreffende persönliche Klage, sondern auch die Eigenthumsklage zusteht, falls der Beklagte den Wechsel vom Kläger auf eine den Eigenthumsübergang hindernde Weise erworben hat.

Entsch. des Obertribunals vom 5. Juni 1860 in S. W.'sche Gantmassenverw. c. Dr. B.

Zu Art. 80 der allg. d. W.-O.

19) Unterbrechung der Verjährung.

a) Nach Art. 80 der allg. d. W.-O. wird zwar die Verjährung der Wechselklage nur durch Behändigung der Klage unterbrochen; ist jedoch der Beklagte nicht zu Hause anzutreffen, so kann (den Fall der längeren Ortsabwesenheit ausgenommen) die Ladung nebst Klagschrift einem Hausgenossen mit dem Auftrag der Uebergabe an den Beklagten zugestellt oder, wo dieß nicht möglich, an der Thüre angeschlagen werden,[35] und vertritt im ersteren Falle jene Zustellung, im letzteren der Anschlag die Stelle

---

[34] Ebendas. S. 228, 229, 240, 263. Vergl. auch Jacoby im Neuen Archiv für Handelsrecht von Voigt und Heinichen Bd. 1. S. 179 ff.

[35] Vergl. dieses Archiv Bd. 2, S. 517. Auch im Gebiete der bayerischen W.-O. v. 24. Nov. 1785 kann die Insinuation der Vorladung des beklagten Wechselschuldners giltig an den Hausherrn oder die Hausfrau desselben geschehen. Erk. des A.G. zu Freysing v. 23. Febr. 1856. Zeitschr. f. Ges. u. Rechtspfl. in Bayern Bd. 4, S. 449.

Digitized by Google

der Behändigung der Klage mit der Wirkung der Unterbrechung der Wechselverjährung.

Entsch. des Obertribunals vom 13. Febr. 1861 in S. Clemm c. Jäger.

b) Durch Prolongation des Wechsels wird die Verjährung nicht unterbrochen.[36]

Entsch. des Obertribunals vom 25. Febr. 1860 in S. Feuerlein'sche Erben c. Schönleber'sche Gantmasse.

Zu Art. 81 der a. d. W.-O.

20) Unterschrift der Ehefrau des Traſſaten auf dem Wechsel; Klagerecht gegen dieſelbe.

Wenn ein nur auf den Ehemann allein gezogener Wechsel nicht nur von dieſem acceptirt, ſondern das Accept auch von der Ehefrau mitunterzeichnet worden iſt, ſo wird letztere, wenn die Umſtände eine Einwilligung des Ehemanns annehmen laſſen, durch jene Unterſchrift wechſelmäßig verpflichtet, und ſie kann aus derſelben auf Bezahlung der Hälfte[37] der Wechſelſchuld belangt werden. Welches Rechtsverhältniß den Anlaß zu der Unterſchrift der Ehefrau gegeben hat, läßt ſich aus der Unterſchrift auf dem Wechſel nicht erſehen; es kann daher, ſo lange von der Ehefrau keine Einrede aus dem unterliegenden Rechtsverhältniſſe gegen ihre Verbindlichkeit erhoben worden, von Amtswegen das Klagerecht gegen ſie nicht beanſtandet werden. Insbeſondere berechtigt die bloße Möglichkeit, daß die Unterſchrift der Ehefrau auf einer Interceſſion beruhen könnte, nicht, die Klage von Amtswegen abzuweiſen, da, wenn auch der Wechſel nur auf den Ehemann gezogen worden, demſelben doch ein beiden Eheleuten gemeinſchaftliches Schuldverhältniß zu Grund liegen kann. Ueberhaupt können Einreden, welche das

---

[36] Vergl. dieſes Archiv Bd. 2, S. 500, Note 15. Jolly in der kritiſchen Vierteljahrsſchrift von Pözl Bd. 3, S. 236.

[37] Vergl. dieſes Archiv Bd. 2, S. 494, Nro. 2. Bd. 3, S. 173, Nro. 1.

Digitized by Google

dem Wechsel unterliegende materielle Rechtsverhältniß betreffen, nicht von Amtswegen supplirt werden.

Entsch. des Obertribunals vom 18./24. Dezemb. 1861 in S. Simon c. Kuch'sche Eheleute; vom 15. Januar 1862 in S. Müller c. Wörner'sche Eheleute.

Zu Art. 4 u. 85 der a. d. W.-O.

21) Ausländische Wechsel ohne Bezeichnung mit einem dem Wort „Wechsel" entsprechenden Ausdruck.

Nach Art. 4, Ziff. 1, der a. d. W.-O. gehört zu den wesentlichen Erfordernissen eines Wechsels die in den Context desselben aufzunehmende Bezeichnung als Wechsel, oder, wenn derselbe in einer fremden Sprache ausgestellt ist, ein jener Bezeichnung entsprechender Ausdruck in der fremden Sprache. Ist jedoch ein Wechsel im Auslande, d. h. in einem Lande ausgestellt worden, in welchem die allg. d. W.-O. nicht als Gesetz gilt,[38] so sind nach Art. 85 die wesentlichen Erfordernisse desselben nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen, an welchem die Ausstellung des Wechsels erfolgt ist. Wenn daher außer Zweifel gestellt ist, daß das ausländische Gesetz, unter dessen Herrschaft ein Wechsel ausgestellt worden, die Aufnahme des Ausdrucks „Wechsel" oder eines diesem Worte entsprechenden Ausdrucks in den Wechsel als ein wesentliches Erforderniß desselben nicht vorschreibt, und einem Wechsel ohne diese Bezeichnung Wechselkraft beilegt, so

[38] Borchardt, W.-O. (2. Aufl.) S. 237. Bluntschli, W.-O. S. 128, 129. Brauer, W.-O. S. 162. Archiv f. d. W.-R. Bd. 6, S. 338, Note 1. Bd. 9, S. 90. Mehrere Einführungsgesetze sprechen den im Texte aufgestellten Satz ausdrücklich aus; so das bayerische Art. 7, das k. sächsische §. 2, das badische Art. 6, das großherz. sachsen-weimarische §. 1. Anderer Ansicht ist Haimerl, Anl. zum Studium des W.-R. S. 251. Vergl. auch Prot. der Leipziger Konferenz Nro. XXXIV. (Leipziger Ausgabe) S. 242. Platner in der Zeitschr. für das ges. Handelsrecht von Goldschmidt Bd. 5, S. 64 ff.

Digitized by Google

muß derselbe auch im Inlande d. h. innerhalb des Gebietes der a. d. W.-O. als vollwirksam und zur Begründung einer Wechselklage, sowie zur Einleitung des Wechselprozesses für geeignet erkannt werden.[39] Demgemäß hat das Obertribunal angenommen, daß ein in Frankreich ausgestellter Wechsel, wenn er auch die Bezeichnung mit einem dem Worte „Wechsel" entsprechenden Ausdruck (lettre de change, seule de change, première de change etc.)[40] nicht enthalte,[41] zur Erkennung des Wechselprozesses sich eigne, da das französische Recht (Code de Commerce Liv. I. tit. VIII. Sect. I. §. I. Art. 110) dieses Erforderniß nicht kennt.[42]

Entscheid. des Obertribunals vom 15. Mai 1861 in S. May frères c. Schnorr u. Comp.; vom 14. August 1861 in S. Verneaux Dobilly et Co. c. Zeiller; vom 20. Dezember 1861 in S. Langbein c. Dürrich.

---

[39] Burgold im Archiv für d. W.-R. Bd. 3, S. 78 ff. ist zwar der Ansicht, daß die im Auslande ausgestellten und nicht den Requisiten der a. d. W.-O. entsprechenden Wechsel auf Wechselprozeß keinen Anspruch machen können; ebenso ein Erk. des O.A.G. zu Darmstadt v. 10. Febr. 1854 im Archiv f. d. W.-R. B. 4, S. 443. Siehe jedoch dagegen Hoffmann im Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 1, S. 71 ff. und Brauer im Archiv f. d. W.-R. Bd. 6, S. 337 ff., welche die oben im Texte adoptirte Ansicht überzeugend begründet haben.

[40] Archiv f. d. W.-R. Bd. 6, S. 345, 346.

[41] Die fragl. Wechsel lauteten: „veuillez payer contre ce mandat à l'ordre de Mr. . . ."

[42] Bluntschli, W.-O. S. 129. Brauer, W.-O. S. 38. Auch in England, deßgl. in der niederländischen, portugiesischen, spanischen, schwedischen und polnischen (Meißner, Codex der europäischen Wechselrechte Bd. 2, S. 5, 6, 54—59, 140—143, 300, 301, 440, 441), sowie in allen der französischen nachgebildeten Wechselordnungen ist die Aufnahme eines dem Wort „Wechsel" entsprechenden Ausdrucks in den Wechsel selbst nicht vorgeschrieben. Dagegen ist nach dänischem und russischem Recht die Bezeichnung des Wechsels als Wechsel ein wesentliches Erforderniß. Meißner, a. a. O. S. 246, 247, 272, 273, 374, 375. Ohne Grund behauptet Meißner, allg. europäische Wechselpraktik (1860) S. 37, daß auch da, wo die Aufnahme des Worts „Wechsel" oder eines gleichbedeutenden Ausdrucks in den Wechsel als wesentliches Erforderniß nicht ausdrücklich vorgeschrieben sehe,

Digitized by Google

Zu Art. 88 Ziff. 1 der a. d. W.-O.

22) Abschrift des Wechsels in der Protesturkunde.

Da der §. 88 der a. d. W.-O. nicht vorschreibt, an welcher Stelle der Protesturkunde die Wechselabschrift einzurücken ist, so kann es nicht als ein wesentlicher Mangel betrachtet werden, wenn die Abschrift des Wechsels nicht im Contert der Protesturkunde steht, sondern an einer anderen Stelle derselben beigefügt ist.[43]

Entsch. des Obertribunals vom 22. Dezbr. 1860 in S. Ullmann c. Gleich.

Zu Art. 88 Ziff. 3 der a. d. W.-O.

23) Protesturkunde ohne Erklärung des Protestaten wegen Krankheit desselben.

In einer Protesturkunde war gesagt, daß die Bezogene so sehr krank seye, daß sie sich außer Stand befinde, eine Erklärung abzugeben. Dieß wurde als genügend angenommen, da ein Protest auch dann giltig aufgenommen werden könne, wenn der Schuldner abwesend seye und aus diesem

---

dieses dennoch von selbst gelte. Es ist dieß eine der vielen unrichtigen Behauptungen in diesem durchaus werthlosen und unbrauchbaren Buche. (Vergl. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 5, S. 304 ff.) Daß nach englischem Rechte die, in den Wechsel aufzunehmende Bezeichnung der Urkunde als „Wechsel" nicht zu den Erfordernissen eines Wechsels gehört, (vergleiche Story, englisches und nordamerikanisches W.R., deutsch bearbeitet von Treitschke [Leipzig 1845] S. 17 in der Note. Treitschke, Encyklopädie der Wechselrechte Bd. 2, S. 667) und daher ein in England ausgestellter, diese Bezeichnung nicht enthaltender Wechsel auch im Gebiete der allg. deutschen W.O. geeignet ist, die Wechselklage und den Wechselprozeß zu begründen, hat das hiesige Obertribunal in S. Schnabel c. Groß d. 17. April 1858 (dieses Archiv Bd. 2, S. 513, Nro. 73), ebenso das Obertribunal zu Berlin in einer Entsch. vom 17. Juli 1858 (Striethorst, Archiv Bd. 28, S. 361. Archiv f. d. W.R. Bd. 7, S. 407 ff.) anerkannt. Vergleiche auch Borchardt, W.O. (2. Aufl.) S. 25, Note 39, S. 240.

[43] Borchardt, W.O. (2. Aufl.) S. 247 ff. Hoffmann, W.O. S. 615. Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 15. März 1853 im Archiv f. d. W.R. Bd. 3, S. 354 und Seuffert, Archiv Bd. 7, S. 275.

Digitized by Google

Grunde keine Erklärung deſſelben erfolge, und daſſelbe gelten müſſe, wenn eine Erklärung des anweſenden Schuldners wegen Krankheit nicht möglich ſeye.

Entſch. des Obertribunals vom 3. Mai 1861 in S. Fleiner c. Wagner.

Zu Art. 88 Ziff. 4 und Art. 91 der a. d. W.-O.

24) Ort der Proteſterhebung. Bezeichnung in der Proteſturkunde.

Zur Giltigkeit eines Proteſts iſt nicht erforderlich, daß das Lokal, in welchem derſelbe aufgenommen worden, in der Proteſturkunde genannt iſt, da der Art. 88 Ziff. 4 der a. d. W.-O. nur im Allgemeinen Angabe des Orts der Proteſtation verlangt, und es ſomit genügen muß, wenn nur dieſer in der Proteſturkunde angegeben iſt.[44] Jedenfalls erſcheint die allgemeine Angabe des Orts dann genügend, wenn der Traſſat von dem Notar angetroffen worden iſt, und ſeine Erklärung abgegeben hat, ohne die Wahl des Lokals zu beanſtanden.

Entſch. des Obertribunals vom 22. Dezbr. 1860 in S. Ullmann c. Gleich.

Zu Art. 88 Ziff. 6 der a. d. W.-O.

25) Beifügung des Amtsſiegels in der Proteſturkunde.

Ein Proteſt, welchem das Amtsſiegel des Notars nicht beigedrückt worden, iſt ungiltig, und es kann dieſer weſentliche formelle Mangel nicht nachträglich ergänzt werden.

Entſch. des Obertribunals v. 22. Dezbr. 1860 in S. Ullmann c. Gleich.

---

[44] Uebereinſtimmend hiemit ſind Entſcheidungen des Obertribunals zu Berlin vom 18. Juli 1857 und 29. Juni 1858. Württ. Archiv Bd. 3, S. 427. — Dagegen behaupten Hoffmann, W.O. S. 623 und Borchardt, WO. S. 255, daß unter dem nach Art. 88 in der Proteſturkunde zu nennenden „Ort" der Proteſtaufnahme das ſpezielle Lokal verſtanden ſeye. Es iſt daher den Notaren bei dieſer Verſchiedenheit der Anſichten zu empfehlen, die Bezeichnung des Lokals nicht zu unterlaſſen.

Digitized by Google

Zu Art. 91 der a. d. W.-O.

26) Ort der Protesterhebung. Nachfrage bei der Polizeibehörde.

a) Wenn der Bezogene in der letzten Wohnung, von welcher man weiß, daß er solche innegehabt, nicht anzutreffen ist, und der mit Erhebung des Protests beauftragte Notar daselbst die Auskunft erhält, daß der Bezogene sich nicht mehr daselbst befinde, sondern weggezogen seye, so ist die Protesterhebung in jener Wohnung genügend (der sog. Perquisitionsprotest), und es bedarf in diesem Falle keiner Nachfrage bei der Polizeibehörde zur Feststellung des Umstands, daß die Wohnung des Bezogenen nicht zu ermitteln gewesen, indem diese Nachfrage nur ausnahmsweise einzutreten hat, wenn diejenige Person, gegen welche protestirt werden soll, an dem Zahlungsorte völlig unbekannt ist.[45]

Entsch. des Obertribunals vom 2. Okt. 1861 in S. Kahn u. Graf c. Weissenbach.

b) Ein auf J. B. Schröder in London gezogener Wechsel war von diesem mit dem Beisatz acceptirt worden: „zahlbar bei Herrn C. Haas und Cie., Bankiers 15 Tenchurstreet in London." Der Wechsel wurde nicht eingelöst und demzufolge protestirt, der Protest aber zwar gegen den Acceptanten, aber nicht in dessen Wohnung, sondern auf dem Comptoir von Haas und Cie. aufgenommen. Das Wechselgericht fand dieß, auch angenommen, daß die Bestimmungen der a. d. W.-O. hier maßgebend seyn würden, im Hinblick auf den Beisatz im Accept in Ordnung, da hiedurch das Comptoir von Haas und Cie. mit beiderseitigem Einverständniß als Ort der Zahlung bestimmt worden seye, soferne der Kläger den Wechsel mit jener Bemerkung versehen angenommen habe;

---

[45] Gelpke in dessen Zeitschrift für Handelsrecht, Heft 1, S. 112 bis 116. Brauer, W.O. S. 168. Renaud, W.R. (1. Aufl.) S. 55. Entsch. des Obertribunals zu Berlin vom 27. März 1851 und 5. Oktober 1858. Entsch. Bd. 20, S. 366. Striethorst, Archiv Bd. 1, S. 339, Bd. 29, S. 357. Archiv f. d. W.R. Bd. 8, S. 432—434. Borchardt, W.O. (2. Aufl.) S. 263. Kletke, Präj. S. 245.

Digitized by Google

dasjenige aber, was vom Zahlungsort gelte, auch für den Ort der Präsentation und der Protesterhebung entscheide.

Entsch. des Obertribunals vom 8. Februar 1862 in S. Hofbank c. Hübler.

Zu Kap. V. der württ. Wechselgerichtsordnung von 1759.

27) Gerichtsstand des Vertrags.

Bei Domicilwechseln ist das Gericht des Orts, an welchem die Zahlung des Wechsels erfolgen solle, als forum contractus zuständig, wenn die weiteren besonderen Voraussetzungen dieses Gerichtsstands, Anwesenheit des Beklagten oder das Vorhandenseyn von zur Hilfsvollstreckung dienlichem Vermögen desselben im Gerichtsbezirke zutreffen, da an dem Orte, wo nach dem Willen der Parteien die Verbindlichkeit zu erfüllen ist, jeder Schuldner belangt werden kann,[46] und dieß auch in Wechselsachen gilt.[47]

Entsch. des Obertribunals vom 31. Juli 1861 in S. Gutmann c. Hendrix.

Zu Kap. VI. §. 2 und 4 der württ. W.-G.-O.

28) Vorladungsfrist.

Ein Beklagter, welchem die Vorladung zur mündlichen Verhandlung der wider ihn erhobenen Wechselklage zwei Tage vor der anberaumten Tagfahrt eröffnet worden war, hatte an der Tagfahrt den Wechsel zwar anerkannt, jedoch um Ertheilung einer Frist zur Einlassung auf die Klage gebeten, weil es ihm in der kurzen Zeit von zwei Tagen nicht möglich gewesen, sich vollständig auf seine Vertheidigung vorzubereiten. Dieser Bitte wurde nicht stattgegeben und auf den Grund des anerkannten Wechsels ein verurtheilendes Erkennt-

---

[46] Savigny, System Bd. 8, S. 210 ff., Wetzell, Civ.-Proz. S. 348, Heffter, Civilprozeßrecht S. 182, Mühlenbruch, Civilprozeß S. 60, Schmidt, Civilprozeß §. 46, S. 88 ff., Schmid, Comm. Bd. 1, §. 74, Bayer, Vortr. S. 128, Binde, Civilprozeß §. 91.

[47] Vergleiche dieses Archiv Bd. 2, S. 513, 514, Bd. 3, S. 177. Buchka und Budde, Entsch. des OAG. zu Rostock Bd. 3, S. 5 ff.

Digitized by Google

niß ausgesprochen, indem in den Motiven hierüber gesagt wurde: Die Bestimmung des §. 2 des VI. Kapitels der württ. Wechselgerichtsordnung von 1759, daß dem Beklagten in Städten ein Termin von drei, auf dem Lande aber von acht Tagen angesetzt werden solle, den Wechsel zu recognosciren, enthält keine Festsetzung einer Frist, binnen welcher der Beklagte über die Recognition des Wechsels sich erklären soll, sondern hat eine Tagfahrt im Auge, an welcher diese Erklärung erfolgen soll. Dieß geht aus §. 5 und 6 desselben Titels hervor, wo von den Verhandlungen, welche an dem festgesetzten Termin vorgenommen werden sollen, die Rede ist, wobei die Anwesenheit auch des Klägers vorausgesetzt und bestimmt ist, welche Folgen eintreten sollen, wenn der Beklagte an dem Termin nicht erscheint. Das spatium von 3 bezw. 8 Tagen, dessen der §. 2 gedenkt, kann nicht vom Tage der Insinuation der Vorladung an gerechnet werden, weil dieser Tag nicht mit Sicherheit vorausbestimmt werden kann, die Tagfahrt aber auf einen bestimmten Tag fixirt werden muß. Es kann jenes spatium nur von dem Tage der Beschlußfassung an gerechnet werden, und um dem Beklagten eine genügende Zeit zur Vorbereitung auf die Tagfahrt zu gewähren, ist in dem nächstfolgenden §. 3 bestimmt, daß die Insinuation dieses Beschlusses, in der Stadt, wenigstens den Tag hernach da solcher ergangen ist, auf dem Lande, zwei Tage hernach geschehen soll. Wäre der 3 bezw. 8tägige Termin von der Insinuation an zu rechnen, so wäre kein Grund zu einer Vorschrift darüber, welche Zeit zwischen der Beschlußfassung und der Insinuation liegen soll, denkbar. Ist aber der dreitägige Termin von der Beschlußfassung an zu rechnen, und muß dieser Beschluß wenigstens den Tag hernach insinuirt werden, so folgt hieraus, daß dem Beklagten mehr nicht, als zwei Tage, von der Insinuation an gerechnet, zur Vorbereitung auf die Tagfahrt übrig bleiben. Dieß erscheint auch hinlänglich, weil jeder Wechselbeklagte sich seiner eventuellen Verbindlichkeit bewußt seyn muß und in der Regel eine außergerichtliche Mahnung vorausgegangen ist.

Digitized by Google

Hiemit steht im Einklang die Instruktion für die Wechselgerichtsboten vom 9. März 1852,[48] wo Punkt 6 bestimmt ist, daß, wenn der Vorzuladende ortsabwesend und dessen Rückkehr nicht mindestens zwei Tage vor der Tagfahrt mit Bestimmtheit zu erwarten ist, die Insinuation zu unterbleiben hat, und diesem gemäß ist auch bisher bei dem Wechselgericht verfahren worden.

Da nun in vorliegendem Falle die Vorladung dem Beklagten zwei Tage vor der festgesetzten Tagfahrt insinuirt worden ist, und er keinen Anspruch auf eine frühere Insinuation hatte, nach §. 4 des Kap. VI. der württ. W.-G.-O. aber der Termin unter keinen Umständen verlängert werden kann, so war die Bitte des Beklagten um Fristverlängerung zur Einlassung auf die Klage zu verwerfen, und derselbe auf den Grund des anerkannten Wechsels zu verurtheilen.

Entsch. des Obertribunals vom 26. September 1860 in S. Trost c. Blöst.

29) Ediktalladung in Wechselsachen.

Der Regel nach hat jede Ladung speziell an die Partei selbst oder deren Bevollmächtigten zu erfolgen. Eine öffentliche Vorladung, Ediktalladung, findet außerhalb des Konkursprozesses nur ausnahmsweise Statt, und setzt den Nachweis der Unmöglichkeit, die Ladung in anderer Weise zu bewerkstelligen, voraus. Es genügt daher insbesondere nicht, wenn die Partei, welche eine Ediktalladung auswirken will, zu Begründung dieses Gesuchs *behauptet*, daß der Aufenthaltsort der zu ladenden Partei unbekannt seye, sondern es muß der *Nachweis* gegeben seyn, daß die erforderlichen Schritte zur Ausmittlung des Aufenthaltsorts geschehen, solche aber erfolglos geblieben sind.[49]

Dieser für den gewöhnlichen Civilprozeß geltende Grundsatz findet auch auf das Wechselverfahren Anwendung, für

[48] Dieses Archiv Bd. 2, S. 517 ff.

[49] *Martin*, Civilprozeß (13. Ausg.) §. 109, *Linde*, Civilprozeß (5. Ausg.) §. 170, *Bayer*, Vortr. (7. Aufl.) S. 252, *Bolley*, Entw. und Anträge Bd. 1, §. 572—574.

Digitized by Google

welches dißfalls besondere hievon abweichende Bestimmungen nicht bestehen.[50]

Entsch. des Obertribunals vom 15. Mai 1861 in S. Gutmann c. Hendrix.

Zu Kap. VI. §. 5 der württ. W.-G.-O.

30) Diffessionseid.

Nach den Bestimmungen der §. 5 u. 6 des Kap. VI. der württ. W.-G.-O. muß der Beklagte welcher die entscheidende Unterschrift auf dem gegen ihn eingeklagten Wechsel weder als von ihm selbst, noch als von einem Andern in seinem Auftrag geschrieben anerkennen will, in Person an dem Recognitionstermin erscheinen und auf Verlangen des Klägers den Diffessionseid darauf schwören, daß er den Wechsel weder selber geschrieben, noch unterschrieben, noch durch Andere schreiben oder unterschreiben lassen, auch den darin gemeldeten Belauf dem Kläger nicht schuldig seye.[51] Die Wechselgerichtsordnung geht somit davon aus, daß der Beklagte, wenn er mit der Abläugnung des Wechsels gehört

---

[50] Auch ein Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin vom 12. Okt. 1858 erkennt Ediktalladungen im Wechselprozeß alsdann für zulässig, wenn der Aufenthalt des Beklagten nicht ermittelt werden kann, in welchem Falle durch die Ediktalladung auch die Wechselverjährung unterbrochen wird. Archiv f. d. W.R. Bd. 7, S. 413.

[51] Richtiger wird der Eid nur auf die Unterschrift gerichtet werden, denn nur diese ist wesentlich; sobald feststeht, daß die fragliche Unterschrift auf dem Wechsel von dem Beklagten herrührt, seye es daß er sie selbst geschrieben oder daß er sie hat schreiben lassen, so muß der Beklagte auch den Inhalt des Wechsels gegen sich gelten lassen, und es ist derselbe zur Zahlung verbunden, falls ihm keine statthafte Einrede zur Seite steht. Der Diffessionseid wird daher auch von anderen Prozeßordnungen ausdrücklich auf die Unterschrift beschränkt, so z. B. in der Frankfurter Prozeßordnung Art. 87, in dem großh. hessischen Gesetz vom 4. Juni 1849, das Wechselverfahren in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen betreffend, in der Mecklenburger Wechselprozeßordnung vom 14. Juni 1849, §. 4. (O. Wächter, Wechsellehre S. 703, 704). Ist der Wechsel per procura gezeichnet und wird die Ertheilung derselben von dem Beklagten geläugnet, so kann der Diffessionseid auch hierauf ausgedehnt werden.

Digitized by Google

werden wolle, in Person am Termin erscheinen, und auf Verlangen des Klägers an diesem Termin den Diffessionseid sofort schwören müsse, eine Bestimmung, welche ihren offenbaren Grund darin hat, dem Beklagten die Möglichkeit abzuschneiden, durch muthwilliges Abläugnen der Unterschrift die Wechselexekution hinauszuschieben. Erscheint der Beklagte nicht in Person, so soll daher, Krankheitsfälle ausgenommen, der Wechsel als von ihm ausgestellt angenommen werden.

Auch andere Wechselprozeßordnungen haben dieselbe Bestimmung. So bestimmt die Wechselprozeßordnung für Lippe Detmold von 1849 §. 5: „der Beklagte hat im Termin die ihn verbindenden Unterschriften entweder anzuerkennen oder eidlich abzuleugnen." Deßgleichen die Mecklenburger Wechselprozeßordnung vom 14. Juni 1849 §. 3: „der Beklagte ist verpflichtet, sich sogleich im Termin über die Aechtheit der von dem Kläger vorzulegenden Urkunden zu erklären, sowie auf Verlangen sofort den Diffessionseid in Person abzuleisten." Deßgleichen das großh. hessische Gesetz vom 4. Juni 1849, das Wechselverfahren in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen betreffend, §. 5: „Erkennt das Gericht das Wechselverfahren für zulässig, so ist zur Vorlegung der die Wechselklage begründenden Originalurkunden Termin anzuberaumen . . . . Der Beklagte wird hiezu mit der Auflage geladen, daß er über die Urkunden sich zu erklären . . . . und die Aechtheit der Unterschrift, im Falle er sie bestreite, sogleich eidlich abzuläugnen . . habe . . . §. 9. Bestreitet der Beklagte die Aechtheit . . . so hat er auf Verlangen des Klägers sofort den Diffessionseid in Person abzuleisten." Ebenso gilt in Braunschweig die Bestimmung: „Der Beklagte hat im Termin die ihn verbindenden Unterschriften anzuerkennen oder eidlich abzuleugnen." Für Oldenburg ist im Zusatzartikel 116 zur a. d. W.-O. bestimmt: „die Ableistung des dem Beklagten in Betreff der der Klage zum Grunde liegenden Urkunden obliegenden Ableugnungseids muß auf Verlangen des Klägers in dem ersten Termin erfolgen." Das K. sächsische Gesetz über

den Schuldarrest und Wechselprozeß vom 7. Juni 1849 bestimmt §. 40: „Erböte sich der Beklagte zur eidlichen Ableugnung (Diffession) der Urkunden, so ist zur Abnahme des Diffessionseids sofort zu schreiten." Dieselbe Bestimmung enthält das Bremer Einführungsgesetz vom 25. April 1849 §. 22 und die Frankfurter Prozeßordnung Art. 87. Nur wenige Prozeßordnungen schreiben die Anberaumung eines zweiten nahen, nicht über drei Tage zu erstreckenden Termins zur Abnahme des Diffessionseids vor; so die Wechselordnung für Holstein von 1854 §. 109 und die Wechselordnung für das Herzogthum Lauenburg §. 109. Auch die preußische Prozeßordnung verordnet für die Regel die sofortige Abnahme des Diffessionseids im Termine.[52]

Das württ. Obertribunal, als Wechselgericht, hat die obige Bestimmung der württ. Wechselprozeßordnung in einigen neuerdings, am 12. Febr. 1862, vorgekommenen Fällen nicht zur Anwendung gebracht, und, obgleich der Beklagte nicht in Person erschienen war, die Ableugnung der Unterschrift durch dessen erschienenen Anwalt zugelassen, und dem Beklagten zur Erklärung über den ihm von klägerischer Seite sofort zugeschobenen Diffessionseid eine Frist von drei Tagen verstattet, in Folge dieser Erklärung schriftlich weiter verhandelt, und erst später einen neuen Termin zur Abnahme des Diffessionseids anberaumt. Gerade dieser Fall lieferte aber nur auf's Neue den Beweis der Zweckmäßigkeit der oben angeführten Bestimmung der württ. Wechselprozeßordnung, da an dem zur Abschwörung des Diffessionseids anberaumten Termin der Beklagte ausblieb, zum klaren Beweise, daß es ihm bei der Ableugnung der Unterschrift nur um Verzögerung der Sache zu thun gewesen. Die Möglichkeit einer solchen Verzögerung wäre ihm aber abgeschnitten worden, wenn man sich an die Bestimmung der Wechselgerichtsordnung gehalten hätte. Der Grund, warum dieß nicht geschehen, liegt wohl darin, daß man die Bestim-

[52] Preuß. Proz.-Ord. §§. 21—24, Tit. 27. O. Wächter, Wechsellehre S. 703—706 u. 698. Borchardt, W.-O. (2. Aufl.) S. 308.

Digitized by Google

mung, wonach vor dem Obertribunal als solchem die Parteien nicht in Person, sondern nur durch einen von ihnen zu bevollmächtigenden bei dem Obertribunal angestellten Prokurator handeln dürfen, bisher stets auch auf Wechselsachen angewendet hat. Hieraus könnte jedoch, abgesehen davon, daß es sich sehr fragen dürfte, ob gedachte Bestimmung mit Grund auch auf das Verfahren vor dem Obertribunal als Wechselgericht ausgedehnt und hiedurch die vor dem Wechselgericht vorzunehmende mündliche Verhandlung zu einer wesenlosen Form herabgedrückt worden ist,[53] immerhin nur folgen, daß

[53] Nach der gegenwärtigen Praxis besteht die mündliche Verhandlung vor dem Obertribunal als Wechselgericht darin, daß von dem für den Kläger erschienenen Prokurator die schon zuvor eingereichte schriftliche Klage abgelesen wird, und hierauf, wenn für den Beklagten auch ein Prokurator erschienen ist, dieser eine gleichfalls schriftlich abgefaßte Vernehmlassung dagegen abliest und nach der Verlesung zu den Akten gibt. Ja in einer kürzlich, den 12. März 1862, verhandelten Wechselsache kam es sogar vor, daß der Prokurator des Beklagten die von einem anderen Schriftverfasser abgefaßte 9 Bogen starke schriftliche Vernehmlassung nicht einmal ablas, sondern einfach dem Wechselgerichte und dem klägerischen Anwalt je ein Exemplar derselben überreichte, und bei dem großen Umfang des Schriftsatzes um Enthebung von dessen Ablesung bat, womit sich dann auch der klägerische Anwalt einverstanden erklärte, da er gleichfalls nicht Schriftverfasser und daher zur Replik nicht instruirt war. In solchen Fällen, wo der Prokurator des Klägers nicht Schriftverfasser ist, bildet es überhaupt die Regel, daß derselbe nach Verlesung der Vernehmlassung um Zulassung zur schriftlichen Replik bittet, weil er regelmäßig von der ganzen Sache gar nichts weiß, und seine Aufgabe am Termin als gelöst betrachtet, wenn er den fremden Schriftsatz abgelesen hat. Von dem Wechselgericht wird der Bitte um Zulassung zur schriftlichen Replik, wo eine solche erforderlich, stets stattgegeben, da man sich, nachdem Parteien und Schriftverfasser zweckwidrig genug aus dem Gerichtssaale ausgeschlossen worden, dieser Konsequenz nicht entziehen konnte. So kommt es dann, daß in denjenigen Fällen, wo überhaupt verhandelt wird, diese Verhandlung regelmäßig eine schriftliche und die sog. mündliche Verhandlung im Termin zur bedeutungslosen Form geworden ist. Ein solches Verfahren ist aber dem Wesen des Wechselprozesses, bei welchem es hauptsächlich auf Beschleunigung des Verfahrens und Entfernung aller Weitläufigkeiten abgesehen ist, entschieden zuwider, und es wäre daher im Interesse der

Digitized by Google

die Parteien nicht ohne einen Prokurator vor dem Obertribunal erscheinen dürfen, es folgt aber daraus nicht eine Aufhebung derjenigen Bestimmungen der württ. Wechselordnung, wodurch das persönliche Erscheinen der Partei ausdrücklich vorgeschrieben ist, und man wird daher die Eingangs erwähnte so sehr zweckmäßige Bestimmung der Wechselordnung auch für das Verfahren vor dem Obertribunal als Wechselgericht als noch in voller Geltung stehend betrachten müssen, und dasselbe gilt aus denselben Gründen auch für das Verfahren vor den Kreisgerichtshöfen als Wechselgerichten.

Hierauf aufmerksam zu machen dürfte auch jetzt noch am Ort seyn, da, wenn auch beabsichtigt ist, alle Wechselsachen den zu konstituirenden Handelsgerichten zuzuweisen, deren Einführung zum mindesten in der nächsten Zeit noch nicht in Aussicht stehen dürfte.[54] Bei dem Verfahren vor den

---

Sache sehr zu wünschen, daß die bisherige Praxis aufgegeben und die Bestimmungen der Wechselgerichtsordnung wieder in ihr Recht eingesetzt würden. Meines Erachtens sollte ein schriftliches Verfahren gar nicht gestattet und, wo immer thunlich, daran festgehalten werden, daß der ganze Streit im Termine zum Abschluß gebracht wird, und dieß würde, sobald die Parteien und ihre Schriftverfasser zur Verhandlung zugelassen werden, keinerlei Schwierigkeiten haben.

[54] Durch die Zuweisung der Wechselsachen an die Handelsgerichte nähert man sich wieder der durch die württ. W.O. von 1759 geschaffenen dießfälligen Einrichtung; denn hienach sollten die Wechselsachen vor einem eigenen Wechselgerichte verhandelt werden, welches unter dem Präsidium eines geheimen Raths aus acht Beisitzern, nämlich drei Räthen aus dem herzoglichen Regierungsrath und Oberhofmarschallamt, dem jeweiligen Oberauditor und jeweiligen Stadtoberamtmann zu Stuttgart nebst dreien von der Handelschaft bestand. Ein wesentlicher Unterschied dieses ehemaligen Wechselgerichts von den jetzt projektirten Handelsgerichten besteht übrigens darin, daß in letzteren die Beisitzer aus dem Handelsstande die Mehrzahl bilden sollen, während sie in dem Wechselgericht der Wechselordnung in der Minderzahl waren. Letzteres würde nach meiner Ansicht auch bei den neuen Handelsgerichten, falls solche überhaupt als ein Bedürfniß zu erkennen seyn sollten, den Vorzug verdienen. Denn die Hauptbedeutung der Handelsgerichte (eigentlich Handelssachengerichte) und ihrer theilweisen Besetzung mit Kaufleuten muß offenbar in ihrer Eigenschaft als Organen des kommer-

Digitized by Google

Handelsgerichten aber müßte die fragliche Bestimmung ohnediß unbedingte Anwendung finden, da nach dem veröffentlichten Gesetzesentwurf eine Abänderung der bestehenden Wechselprozeßgesetzgebung nicht beabsichtigt ist.

Zu Kap. VI. §. 13, 18 und 21 der württ. W.-G.-O.

31) Eideszuschiebung.

Da es das Bedürfniß einer möglichst raschen Rechtshilfe

---

ziellen Gewohnheitsrechts gefunden werden (vergl. Creizenach, das Wesen und Wirken der Handelsgerichte und ihrer Kompetenz. Beil. zu Bd. 4 der Zeitschrift für das Handelsrecht S. 100); das Verhältniß der rechtsgelehrten Elemente zu den nicht rechtsgelehrten muß daher um so größer seyn, je weniger freies Feld die Handels-, beziehungsweise Wechselgesetzgebung dem kommerziellen Gewohnheitsrechte gelassen hat. Dieses Feld ist aber durch das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch und die allgemeine deutsche Wechselordnung außerordentlich eingeengt worden, und man wird wohl sagen dürfen, daß mit der Einführung dieser Gesetzbücher die Einführung von mit Kaufleuten besetzten Handelsgerichten zur Zeit ziemlich entbehrlich geworden ist, da an ihrer Hand jeder Jurist mindestens ebenso gut, ich möchte behaupten in der Regel weit besser, in einer Handels- oder Wechselsache sich zurecht finden wird, als ein Kaufmann, dem es an der hiezu erforderlichen juristischen Bildung wohl meistens gebricht. Auf der andern Seite kann jedoch nicht verkannt werden, daß durch die vorhandenen Gesetzbücher das Handelsgewohnheitsrecht nicht dauernd zu beseitigen seyn, und dieses sich, zumal bei der fortschreitenden Entwicklung aller Verkehrsverhältnisse durch die Macht des Bedürfnisses immer wieder Geltung verschaffen wird. Auch ist durch die neue Gesetzgebung die Beachtung von kaufmännischen Gewohnheiten und Anschauungen nicht überall ausgeschlossen, und es werden solche insbesondere bei der Auslegung von Handlungen und Erklärungen unter Handelsleuten nicht unbeachtet bleiben dürfen. Ganz beseitigt ist daher durch jene Gesetzbücher die oben ausgehobene Hauptbedeutung der Handelsgerichte allerdings nicht; allein es ist diese Bedeutung eine untergeordnete und die Auslegung und Anwendung der Gesetzbücher die Hauptaufgabe der Handelsgerichte. Dieser Aufgabe ist aber der Jurist der Natur der Sache nach mehr gewachsen, als ein Mitglied des Handelsstandes, und ich würde es daher meines Theils nicht für gerechtfertigt halten, wenn Handelsgerichte mit einer Besetzung bei uns eingeführt werden wollten, welche den nicht rechtsgelehrten Mitgliedern ein durch kein Bedürfniß gebotenes numerisches Uebergewicht einräumen würde.

Digitized by Google

in Wechſelſachen mit ſich bringt, daß die Hauptabſicht beim Wechſelprozeſſe auf Beſchleunigung des Verfahrens und Entfernung aller Weitläufigkeiten gerichtet ſeyn muß, ſo können im Wechſelprozeſſe nur ſolche Beweismittel zugelaſſen werden, welche die zu beweiſende Thatſache ſofort und ohne Herbeiführung von Weitläufigkeiten liquid zu machen geeignet ſind. Zu dieſen Beweismitteln gehört auch die Eideszuſchiebung über die zu beweiſende Thatſache, da hiedurch der Regel nach der Beweis auf der Stelle oder doch mindeſtens in kürzeſter Friſt und ohne Weiterungen geführt werden kann, wenn man nur darauf hält, daß die Partei, welcher ein Eid zugeſchoben wird, oder ihr bevollmächtigter Anwalt am Termine ſelbſt über die Eideszuſchiebung ſich erklären muß, und jede ſchriftliche Verhandlung hierüber ausſchließt. Doch wird der Gebrauch dieſes Beweismittels von manchen Geſetzgebungen beſchränkt, indem einzelne Geſetzgebungen die Eideszuſchiebung nur in Bezug auf die Aechtheit der Unterſchrift einer Wechſelerklärung, alſo nur den ſ. g. Diffeſſionseid zulaſſen, in anderer Richtung aber für ein unzuläßiges Beweismittel erklären. So beſtimmt das Lübecker Einf. Geſetz zur a. d. W.=O. Art. 10, daß die Eidesdelation, abgeſehen vom Diffeſſionseid, kein zuläßiges Beweismittel ſeye; die Wechſelordnung für Holſtein von 1854 §. 111 erklärt die Eidesdelation wenigſtens wider den Wechſelkläger für unſtatthaft, und dieſelbe Beſtimmung enthält die Wechſelordnung für Lauenburg. Andere Geſetzgebungen ſo z. B. die Wechſelordnung für den Kanton Aargau §. 61, das Bremer Einf. geſ. zur a. d. W.=O. vom 25. April 1849 §. 14, die Mecklenburger Wechſelprozeßordnung vom 14. Juni 1849 §. 2, 3, die Naſſauer Wechſelprozeßordnung vom 7. Nov. 1848 §. 2, 11 und das Oldenburger Einf.=Geſ. zur a. d. W.=O. vom 31. März 1849 Art. 109 ſprechen ſich dahin aus, daß im Wechſelverfahren als Beweismittel nur Urkunden zugelaſſen werden ſollen, womit das Beweismittel der Eideszuſchiebung, mit Ausnahme des von allen Geſetzgebungen zugelaſſenen Diffeſſionseids, gleichfalls ausgeſchloſſen

Digitized by Google

ist. Dagegen wird in Oesterreich, Preußen und Bayern die Eideszuschiebung als Beweismittel auch in Wechselsachen sey es allgemein oder, wie nach der bayerischen W.O. v. 1785, wenigstens zum Beweise der Zahlung zugelassen. Auch in Württemberg ist durch die Wechselordnung von 1759 das Beweismittel der Eideszuschiebung für zuläßig erklärt; es hat jedoch das Obertribunal in mehreren Entscheidungen angenommen, daß diese Zuläßigkeit nur auf bestimmte Fälle sich beziehe, und für andere Fälle nicht statt finde. [55] In der württ. Wechselordnung, deren Bestimmungen hier maßgebend sind, wird, abgesehen von dem Diffessionseid, welcher in §. 5 des Kap. VI. unbedingt zugelassen wird, der Eideszuschiebung ausdrücklich nur in drei Stellen gedacht, nämlich im §. 8 des Kap. I., dessen Bestimmungen jedoch durch das Einführungsgesetz zur a. d. W.-O. vom 6. Mai 1849 aufgehoben worden sind und daher jetzt nicht mehr in Betracht kommen, und im Kap. VI. §. 13 bei den Einreden der Zahlung und Kompensation und §. 21 bei der Erklärung, was in continenti beweisen heiße. Auch die württ. Wechselordnung läßt nämlich nur liquide Beweise im Wechselverfahren zu, indem sie an verschiedenen Stellen bestimmt, daß auch die an sich statthaften Einreden im Wechselverfahren nur dann Beachtung finden sollen, wenn solche in continenti erweislich seyen. (Vergl. §§. 10, 13, 17, 19) Diesen letzteren Ausdruck erklärt der §. 21 dahin, daß der Beweisführende in allen Fällen, wo dessen Erwähnung geschehe, den Beweis auf keine andere Art, als durch klare und unwidersprechliche Documenta, oder seines Gegners selbst eigene Bekenntniß und die delationem juramenti, wenn sie anders zugelassen, an dem Rekognitionstermin vorzubringen und eodem termino oder längstens einen Tag hernach zu vollführen habe. Hier wird also unter den zuläßigen Beweismitteln der Eideszuschiebung ausdrücklich gedacht, nur mit dem allerdings beschränkenden Beisatz, wenn sie anders zugelassen ist. Was dieser Beisatz bedeute, ist

[55] Dieses Archiv Bd. 2, S. 521

Digitized by Google

die Frage. Mir scheint die Ansicht den Vorzug zu verdienen, daß mit dem Beisatze keine besondere Beschränkung der Eideszuschiebung in Wechselsachen ausgesprochen, sondern mehr nicht gesagt werden wollte, als daß der Beweis durch Eideszuschiebung nur dann und insoweit geführt werden könne, als eine Eideszuschiebung überhaupt zuläßig seye, und bei dieser Auslegung könnte der §. 21 für eine nur auf einzelne Fälle beschränkte Zuläßigkeit der Eideszuschiebung in Wechselsachen nicht angeführt werden. Eben weil im §. 21 die Eideszuschiebung allgemein als ein im Wechselprozeß zuläßiges Beweismittel erklärt und gesagt ist, daß, wo vom Beweise in continenti gesprochen werde, der Beweis auch durch Eideszuschiebung geführt werden könne, läßt sich aber auch daraus, daß der Eideszuschiebung speciell nur bei den Einreden der Zahlung und der Kompensation gedacht wird, die Absicht einer Beschränkung der Eideszuschiebung auf diese Einreden nicht folgern, zumal auch ein innerer Grund für eine solche Beschränkung nicht spricht, und nicht abzusehen ist, warum die Rechtsvertheidigung bei andern an sich statthaften Einreden mehr beschränkt werden solle, als bei den Einreden der Zahlung und der Kompensation.

Das Obertribunal hat jedoch, wie schon bemerkt, bis jetzt zu einer strengeren Auslegung der fraglichen Bestimmungen der württ. Wechselordnung sich bekannt, indem dasselbe in mehrfachen Entscheidungen, so den 8. Juni 1852 in S. des stat. top. Bureau c. Köhler, den 22. Juli 1853 in S. Benedikt c. Kolb, den 13. Juli 1858 in S. Heidenheimer c. Schmidlin und den 14. Januar 1860 in S. Seisser c. Dietz angenommen hat, daß der §. 21 des Kap. VI. die Eideszuschiebung, abgesehen von dem Diffessionseid, nur insoweit, als sie in der Wechselordnung speziell zugelassen seye, für zuläßig habe erklären wollen, somit, nachdem der §. 8 des Kap. I. aufgehoben worden, nur in den Fällen des §. 13 des VI. Kapitels. Nach der Bestimmung dieses Paragraphen wird dem Beklagten der Beweis durch Eideszuschiebung zugelassen, daß die Zahlung schon an den Kläger geschehen seye, sowie

Digitized by Google

darüber, daß der Beklagte an den Kläger eine andere auf eben diesen Termin zahlbare Wechselschuld oder sonst eine verfallene Gegenforderung habe, also über die Einreden der Zahlung und der Kompensation, natürlich soweit solche überhaupt statthaft sind, also dem Beklagten unmittelbar gegen den Kläger zustehen (Art. 82 der a. d. W.-O.) Daß bei diesen beiden Einreden die Eideszuschiebung stattfinde, hat das Obertribunal stets angenommen, und zwar wurde dieß bezüglich der Kompensationseinrede schon in einer Entscheidung vom 30. Mai 1849 in S. der Leihkasse Hüttisheim c. Widmann ausgesprochen, und bei der obgedachten Entscheidung vom 8. Juni 1852 wurde die Statthaftigkeit der Eideszuschiebung ausdrücklich bezüglich beider Einreden anerkannt. Dagegen hat das Obertribunal bei letzterer Entscheidung dem §. 13 insofern eine einschränkende Auslegung gegeben, als dasselbe ausgesprochen hat, daß bezüglich der Einrede der Zahlung die Eideszuschiebung nur zuläßig seye, wenn es sich von der Thatsache der Zahlung, nicht aber wenn es sich von der Frage handle, ob die Zahlung auf die Wechselschuld oder auf eine andere Schuldigkeit bezogen werden solle. Die Worte des Gesetzes scheinen jedoch für eine solche Unterscheidung und weitere Beschränkung der Eideszuschiebung nicht zu sprechen, da hienach ganz allgemein darüber, daß die Zahlung schon an den Kläger geschehen seye, die Eideszuschiebung zugelassen ist, dieß aber ebensowohl auf den Fall paßt, wenn bestritten ist, daß überhaupt eine Zahlung erfolgt, als daß eine erfolgte Zahlung auf die Wechselschuld sich bezogen habe, wie denn auch ein innerer Unterschied zwischen den beiden Fällen nicht besteht, und nicht wohl denkbar ist, warum die Eideszuschiebung nur in dem einen und nicht ebenso in dem andern Falle statthaft seyn sollte. In einer am 12. März 1862 ergangenen Entscheidung des Obertribunals in S. Breitmaier c. Oswald wurde die Eideszuschiebung des Bekl. Acceptanten an den Kläger, daß der eingeklagte Wechsel durch den Aussteller an den Kläger bezahlt worden, für zuläßig und auf Abschwörung dieses Eids erkannt.

Digitized by Google

Es wurde dabei davon ausgegangen, daß selbst bei Festhaltung des früher aufgestellten Satzes, daß die Eideszuschiebung nur bezüglich der Thatsache der Zahlung zulässig seye, deren Zulässigkeit nicht zu beanstanden sey, da, wenn auch die Zahlung an den Kläger nicht durch den Beklagten selbst, sondern durch einen Dritten erfolgt seyn solle, doch nur die Thatsache dieser Zahlung den Gegenstand der Eideszuschiebung bilde.

Zu Kap. VI. §. 20 der württ. W.G.O.

32) Kaution oder Deponirung der Wechselsumme im Falle der Bescheinigung von ad separatum verwiesenen Einreden.

Die württ. W.G.O. von 1759 bestimmt im Kap. VI. §. 20 für den Fall, daß eine im Wechselprozeß vorgebrachte Einrede ad separatum oder in die Widerklage zu verweisen ist, es solle der Kläger, wenn er im Lande nicht hinlänglich angesessen und der Beklagte klare, oder doch einigermaßen bescheinigte rechtmäßige Ursache zu einer Widerklage habe, angehalten werden, wegen der Widerklage genugsame Kaution zu stellen, oder, wenn er dieß nicht könnte oder wollte, die Wechselsumme gerichtlich deponirt werden. Das Obertribunal hat nun ausgesprochen, daß der Beklagte, sobald er die ad separatum zu verweisende Einrede bescheinigt habe, Anspruch auf Sicherheit, der Kläger aber die Verpflichtung zu deren Leistung habe, und sich hievon nur durch den Beweis, daß er im Lande hinlänglich angesessen, befreien könne. Es wurde daher in einem Spezialfalle, in welchem eine als illiquid zum besonderen Verfahren zu verweisende Einrede hinreichend bescheinigt war, auf den Grund dieser Bescheinigung die gerichtliche Deponirung der Wechselsumme verfügt, unter der Bestimmung, daß solche vor Austrag des Streits über die Gegenforderungen des Beklagten nur dann außer Wirkung zu treten habe, wenn der letztere seine Klage nicht innerhalb 30 Tagen ange-

Digitized by Google

bracht oder wenn der Kläger den Besitz freier Liegenschaft im Lande nachgewiesen oder hinreichende Kaution geleistet habe. [56]

Entsch. des Obertribunals vom 29. Januar 1862 in S. Schnell c. Vetter.

Zu Kap. VI. §. 5, 6, 7 und Kap. VII. §. 1 der württ. W.G.O.

33) Macht das Stattgeben der Wechselklage ein verurtheilendes Erkenntniß überflüssig?

In Wechselsachen kommt es nicht selten vor, daß der zur Verhandlung der Wechselklage vorgeladene Beklagte vor der Tagfahrt die schriftliche Erklärung einreicht, daß er die eingeklagte Forderung anerkenne, der Klage stattgebe. In solchen Fällen wurde es von dem Obertribunal bisher so gehalten, daß der an der Tagfahrt erschienene Anwalt von jener Erklärung in Kenntniß gesetzt, in dem Falle aber, wenn dieser auf seiner Bitte um sofortigen Ausspruch eines Erkenntnisses beharrte, ohne weitere Rücksicht auf die Erklärung des Beklagten die Verhandlung vorgenommen, und gegen den ausgebliebenen Beklagten ein denselben bei Vermeidung der Wechselexekution zur Zahlung verurtheilendes Erkenntniß ausgesprochen wurde, indem man davon ausging, daß ohne ein solches Erkenntniß eine wechselmäßige Exekution nicht zulässig sey. [57] Erst in der neueren Zeit wurden gegen diese Praxis mehrfach Bedenken erhoben, was eine erneuerte Berathung der Frage, ob die Aussprechung eines den Beklagten zur Zahlung ver-

[56] Eine Minderheit war der Ansicht, daß der Beklagte nach der oben angeführten Bestimmung der württemb. W.G.O. nur im Falle des Vorhandenseyns der zwei Voraussetzungen, wenn der Kläger im Lande nicht hinlänglich angesessen und der Beklagte bescheinigte rechtmäßige Ursache zur Widerklage habe, Kaution oder Deposition verlangen könne und daher das Vorhandenseyn der beiden Voraussetzungen beweisen müsse, ehe seinem hierauf gerichteten Antrage entsprochen werden könne, und es wird dieß Angesichts der Worte des Gesetzes für richtig zu erkennen seyn.

[57] Dieses Archiv, Bd. 2, S. 524, Nro. 116.

Digitized by Google

urtheilenden Erkenntnisses auch dann, wenn der Wechselklage vor deren Verhandlung stattgegeben worden, erforderlich, oder ob in diesem Falle sich nicht vielmehr auf die Erlassung eines Zahlungsbefehls, unter Bedrohung mit der Wechselexekution zu beschränken seye, in voller Versammlung des Civilsenats als Wechselgerichts zur Folge hatte. Es wurde jedoch beschlossen, an der bisherigen Behandlungsweise auch fernerhin festzuhalten, wobei von folgenden Erwägungen ausgegangen wurde:

1) Die württ. Wechselgerichtsordnung von 1759 handelt nicht ausdrücklich von dem Fall, wenn der Beklagte an der Tagfahrt nicht erscheint, aber schon vor der Tagfahrt der Klage stattgeben zu wollen erklärt hat. Sie kennt nur die beiden Fälle, daß der Beklagte an dem Termin entweder erscheint (Kap. VI. §. 5), oder daß er nicht erscheint (Kap. VI. §. 6). Für den letzteren Fall ist schlechthin bestimmt, daß der Wechsel als von dem Beklagten ausgestellt angesehen werde; es fragt sich daher sehr, ob die von dem ausbleibenden Beklagten eingereichte Erklärung, daß er der Klage stattgebe, überhaupt zu berücksichtigen und ob nicht der Beklagte in diesem Falle ganz so zu behandeln ist, wie derjenige Beklagte, welcher ohne eine solche Erklärung an der Tagfahrt ausgeblieben ist.[58] Im §. 7 des Kap. VI. ist sodann bestimmt: „Erkennt er (der Beklagte) nun den Wechsel oder die Verschreibung als die seinige, und hat dagegen keine in dieser Wechselordnung gegründete Einwendung fürzubringen, oder er wird vor rekognoszirt erklärt, so muß alsbald gegen einen solchen Schuldner mit der Exekution verfahren werden." Im §. 1 des Kap. VII. heißt es dann weiter: „Wenn keine derer in nächstvorgehendem Kapitel erzählten Einwendun-

[58] Dieser Zweifel dürfte nicht gerechtfertigt seyn; denn die Bestimmung des Kap. VI. §. 6 setzt offenbar voraus, daß die Ausstellung des Wechsels nicht schon gerichtlich anerkannt ist, da im Falle des Anerkenntnisses nicht mehr davon die Rede seyn kann, den Wechsel in contumaciam für rekognoscirt anzunehmen.

Digitized by Google

gen anschläget .... da hat der Richter dem Schuldner die unverweilte Zahlung anzukündigen ..." Im §. 7 des Kap. VII. ist also von dem Fall die Rede, wenn der Beklagte an der Tagfahrt nicht nur den Wechsel anerkennt, sondern auch keine Einrede vorbringt, also von dem Fall, wo gar nichts bestritten ist. In diesem Fall soll ebenso wie in dem Fall, wo der Wechsel für rekognoszirt erklärt wird, alsbald gegen den Schuldner mit der Exekution verfahren werden. Da aber die Vornahme der wechselmäßigen Exekution voraussetzt, daß von dem Wechselgericht auf Exekution erkannt worden ist, und da die Wechselgerichtsordnung keine Bestimmung darüber gibt, in welcher Form auf Exekution erkannt werden soll, so läßt sich aus fraglicher Gesetzesstelle nicht folgern, daß in dem betreffenden die Fällung eines Erkenntnisses ausgeschlossen seyn solle. [59]

---

[59] Die württemb. W.G.O. unterscheidet drei Fälle, in welchen auf Exekution soll erkannt werden können, 1) wenn der Wechsel von dem Beklagten anerkannt und keine Einwendung dagegen vorgebracht (Kap. VI. §. 7), 2) wenn er, im Falle des ungehorsamen Ausbleibens des Beklagten, für rekognoscirt angenommen (ebendaselbst), und 3) wenn die beklagter Seits vorgebrachten Einwendungen verworfen worden sind (Kap. VII. §. 1). In allen diesen drei Fällen soll sofort mit der Exekution gegen den Schuldner vorgefahren werden. Hienach setzt die W.G.O. einen Ausspruch über das Bestehen der Wechselschuld selbst als Voraussetzung des Erkenntnisses auf Exekution nur in den beiden letzteren Fällen voraus, wenn der Beklagte ungehorsam ausgeblieben ist, oder Einwendungen vorgebracht hat, während im ersteren Falle, wenn der Wechsel anerkannt und keine Einwendungen vorgebracht worden, ohne Weiteres sofort mit der Exekution vorgefahren werden soll. Es scheint dieß auch in der Natur der Sache zu liegen; denn wenn der Wechsel anerkannt und gegen die Zahlungsverbindlichkeit aus demselben keine Einwendung erhoben worden, somit das Bestehen der Wechselschuld und die Zahlungsverbindlichkeit durchaus unbestritten ist, so fehlt es in dieser Richtung an jeder Veranlassung zu einem richterlichen Urtheil, welches begrifflich voraussetzt, daß irgend ein Gegenstand vorliege, welcher einer Entscheidung bedarf. Wo überall nichts bestritten und die Zahlungsverbindlichkeit durch Stattgeben der Klage anerkannt ist, kann

Digitized by Google

2) Die Gegner der bisherigen Praxis finden es prozessualisch unstatthaft, daß der Beklagte, obgleich er der Klage stattgegeben hat, doch noch durch gerichtliches Erkenntniß verurtheilt werde. In dieser Beziehung ist aber zwischen Wechselprozeß und ordentlichem Civilprozeß zu unterscheiden. Gegenstand des ordentlichen Prozesses sind nur streitige Rechtssachen, unbestrittene Forderungen sind nur Gegenstand des Schuldklagverfahrens. Gegenstand des Wechselprozesses aber sind alle Wechselforderungen, ohne

---

es sich, wenn der Beklagte der anerkannten Verbindlichkeit nicht nachkommt, nur noch von der Exekution der Forderung handeln. Allerdings ist der Wechselprozeß nichts Anderes als ein Exekutivprozeß und der württemb. Wechselprozeß insbesondere ganz dem Exekutivprozeß des gemeinen Rechts nachgebildet. Allein auch der Exekutivprozeß setzt eine als bestritten zu betrachtende Schuld voraus, und es unterscheidet sich derselbe von dem ordentlichen Prozeß hauptsächlich nur durch die Beschränkung der Beweisführung des Klägers auf fehlerfreie Urkunden und der Vertheidigung des Beklagten auf liquide Einreden, sowie durch ein beschleunigtes Verfahren. Wird die Forderung anerkannt, so bedarf es der Einleitung eines Exekutivprozesses so wenig, als der Einleitung eines ordentlichen Prozesses, vielmehr ist in diesem Falle auf den Antrag der Partei ohne weiteres Verfahren auf Exekution zu erkennen und diese sofort einzuleiten. Nur darüber, ob die Voraussetzungen hiefür vorhanden sind, ist noch zu entscheiden, und wenn dieß zu bejahen ist, zum Exekutionsverfahren zu schreiten. Dasselbe muß für den Wechselprozeß gelten, wie dieß durch die Eingangs angeführte Bestimmung der württemb. W.E.O. bestätigt ist. Hienach bedarf es, wenn der Beklagte der Wechselklage stattgegeben, keines Erkenntnisses über die Zahlungsverbindlichkeit des Beklagten, überhaupt keiner materiellen Entscheidung mehr, um die Exekution einleiten zu können, sondern nur noch einer Kognition darüber, ob in Folge des Stattgebens der Klage der mit der Wechselklage verbundene Exekutionsantrag gegründet ist, und somit die Voraussetzungen für die Einleitung der Wechselexekution vorhanden sind, und muß dieß bejaht werden, so ist nunmehr dem Beklagten die Zahlung bei Vermeidung der Wechselexekution aufzuerlegen. Will man dieses Zahlungsmandat (Zahlungsbefehl) eine Verurtheilung zur Zahlung heißen und in Erkenntnißform aussprechen, so ist hiegegen nichts zu erinnern, wenn man sich nur klar macht, daß ein solches Erkenntniß seinem Wesen nach nicht ein materielles Urtheil, sondern nur ein die Exekutionseinleitung bezweckendes Dekret ist.

Digitized by Google

Unterschied, ob sie bestritten oder unbestritten sind. Die meisten Wechselklagsachen sind solche, in welchen die Forderung selbst anerkannt und nur die Zahlung verzögert wird. Durch das Urtheil im Wechselverfahren wird also in den meisten Fällen gar nicht über ein streitiges Rechtsverhältniß entschieden, es dient in der Regel nur dazu, dem Kläger zu seiner Befriedigung nach Wechselrecht zu verhelfen. Im Civilprozeß ist das Stattgeben der Klage eine Art der Beendigung des Rechtsstreits, im Wechselprozeß aber wird der Streit durch das Stattgeben der Klage nicht beendigt, er wird es nur durch die Zahlung; mag auch die Forderung von dem Beklagten anerkannt seyn, so lange der Beklagte nicht bezahlt hat, ist auch der Richter nicht gehindert, den Beklagten zu Bezahlung der eingeklagten Forderung nach Wechselrecht zu verurtheilen. [60]

[60] Der Wechselprozeß hat den Zweck, das Vorhandenseyn der Bedingungen für die Vornahme der Wechselexekution festzustellen, welche darin bestehen, daß ein von dem Beklagten ausgestellter fälliger Wechsel vorliegt, gegen welchen keine oder doch keine gegründeten Einwendungen vorgebracht sind. Das Vorhandenseyn dieser Bedingungen kann aber ebensowohl durch Stattgeben der Klage, als durch Urtheil festgestellt werden, und wenn ein solches Stattgeben der Klage erfolgt ist, so ist damit der Wechselprozeß beendigt, da sein Zweck erreicht ist. Es kann sich nunmehr nur noch um die Wechselexekution handeln, und die von dem Wechselgericht in Folge des Stattgebens der Klage zu erlassende Verfügung kann nur in der Auflage bestehen, die anerkannte Wechselforderung bei Vermeidung der Wechselexekution zu zahlen, was nichts Anderes als ein Zahlungsbefehl ist. Es scheint daher auf einer Verwechslung des Wechsel-(Exekutiv-)Prozesses und des Wechselexekutionsverfahrens zu beruhen, wenn gesagt wird, daß durch das Stattgeben der Wechselklage der Wechselprozeß nicht beendigt werde. Der Wechselprozeß wird, wie jeder andere Prozeß, durch Stattgeben der Klage beendigt; nur das Wechselexekutionsverfahren geht fort, bis die Forderung bezahlt ist, in gleicher Weise, wie dieß auch bei anderen Forderungen der Fall ist. Das Besondere bei Wechselsachen besteht in dieser Beziehung nach den in Württemberg geltenden Grundsätzen, womit auch die Gesetzgebungen anderer Staaten, z. B. von Baden, Hessen, Holstein, Lübeck, Nassau, Oesterreich, Sachsen, übereinstimmen (vergl. O. Wächter, Wechsellehre, S. 726 ff.), nur darin, daß,

3) Es ist auch nicht blos eine Frage der Form oder blos eine Frage des Sportelansatzes, ob im Falle des Stattgebens der Klage ein der Rechtskraft fähiges Erkenntniß ausgesprochen oder ohne ein solches die Exekution angeordnet wird. Im Landrecht Thl. I. Tit. 33 §. 1 ist zwar bestimmt, daß der Beklagte, welcher vor sitzendem Gericht einer Schuld bekanntlich, dafür gehalten werden soll, als ob gegen ihn rechtlich erkannt wäre. Allein förmliches Recht im strengen Sinne, wie ein rechtskräftiges Erkenntniß solches begründet, wird durch das vor Gericht geschehene Anerkenntniß der Schuld nicht geschaffen. Ein solches Anerkenntniß ist nicht unanfechtbar z. B. wegen Irrthums, während ein auf Grund des Anerkenntnisses ausgesprochenes Urtheil im Wechselprozeß sofort rechtskräftig wird. Die Fällung eines Urtheils sichert also die schleunige Exekution, also gerade die Erfüllung des Zwecks des Wechselverfahrens, weit mehr, als die Anordnung der Exekution ohne vorausgegangenes Urtheil. Würde die bisherige Praxis verlassen, so hätte dieß ohne Zweifel die Folge, daß viele Wechselschuldner, welche die Forderung nicht bestreiten, anstatt (wie bisher) sich kontumaciren zu lassen, zu Vermeidung eines Sportelansatzes es vorziehen würden, der Klage stattzugeben, und daß Mancher von ihnen dann erst noch den Versuch machen würde, die auf sein Anerkenntniß hin angeordnete Exekution durch Widerruf desselben aufzuhalten. Auch in Betreff der Prozeßkosten könnten leicht Weitläufigkeiten entstehen. In den Erklärungen, daß der Klage stattgegeben werde, wird der Kostenpunkt meist nicht berührt. Wenn in diesem Falle der Beklagte bei der Exekution bestreiten würde, daß er

---

wenn ein den Beklagten zur Erfüllung der Wechselverbindlichkeit verurtheilendes Erkenntniß erfolgt, gleich in diesem Erkenntnisse die Hilfsvollstreckung anzudrohen ist, der Zahlungsbefehl somit an das Urtheil selbst angeknüpft wird. An der rechtlichen Natur des Zahlungsbefehls wird aber durch diesen rein äußerlichen Umstand nichts geändert.

Digitized by Google

zum Ersatz der Kosten verbunden sey, so müßte das Wechselgericht doch nachträglich darüber erkennen.

4) Auch die sonstigen Wechselprozeßordnungen stimmen mit der bisherigen Praxis überein. Die Wechselordnung für das Herzogthum Lauenburg bestimmt: §. 108. „Erscheint der Beklagte und erkennt er ohne Einreden die Richtigkeit seiner Unterschrift an, so wird er sofort zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bei Vermeidung der Wechselexekution verurtheilt.“ [61] Die Wechselordnung für Waldeck-Pyrmont besagt: „Erscheint der Beklagte und erkennt er die Richtigkeit seiner Unterschrift, ohne Einreden vorzubringen, an, so wird er sofort zu Zahlung verurtheilt, auch so lang in Arrest gesetzt u. s. w.“ [62] In Preußen gilt die Bestimmung: „Räumt der Beklagte den Anspruch ein, so wird sogleich ein Anerkennungsbescheid (Agnitionsurtheil, agnitoria) abgefaßt und darin seine Verurtheilung ausgesprochen.“ [63] In Bayern: „Ist der Wechsel anerkannt oder in contumaciam für rekognoszirt zu achten, so soll der Schuldner, wenn keine Einigung stattfindet, zur Zahlung verurtheilt werden.“ [64] Die Leipziger Handelsgerichtsordnung von 1662 (welche das Wechselverfahren zur Leipziger Wechselordnung von 1662 enthält) bestimmt: §. 13. „Im Uebrigen soll Beklagter .... wenn Beklagter die Schuld gestehet, sofort in die Zahlung verurtheilt und bis er solche geleistet, im Gewahrsam behalten werden. [65]

Beschluß des Obertribunals in Pleno vom 20. Dez. 1861.

---

[61] Wächter, Wechsellehre, S. 693.

[62] Ebendas. S. 659.

[63] Ebendas. S. 657, vergl. übrigens Note 65.

[64] Ebendas. S. 646.

[65] Püttmann, Leipziger W.O. S. 109. Es mag dahin gestellt bleiben, in welchem Sinne das Wort „verurtheilen“ in den angeführten Bestimmungen einzelner Wechselordnungen gebraucht ist, und ob nicht mit demselben eben nur die Zahlungsauflage bei Vermeidung der Wechselexekution gemeint ist. Jedenfalls ist in Württemberg für

Digitized by Google

Zu Kap. VII. §. 1 der württ. W.G.O.

34) Verfügung der Personalexekution ohne Gehör des Beklagten hierüber.

a) Wenn die Personalexekution erst bei der mündlichen Tagfahrt, an welcher der Beklagte ungehorsam ausgeblieben, von dem Kläger beantragt wird, während in der dem Beklagten mitgetheilten schriftlichen Klage nur Realexekution beantragt worden war, so steht dieß der Anordnung der Personalexekution durch das Wechselgericht nicht im Wege und es genügt, den Beklagten von

---

den Fall, daß der Wechselklage Statt gegeben wird, die Aussprechung eines verurtheilenden Erkenntnisses im eigentlichen Sinn nicht vorgeschrieben. Daß übrigens auch z. B. in Preußen und ebenso in Oesterreich der Ausspruch eines verurtheilenden Erkenntnisses keine wesentliche Voraussetzung für die Einleitung der Wechselexekution ist, erhellt daraus, daß, wenn über rechtshängige Wechselverpflichtungen vor Gericht ein Vergleich abgeschlossen worden, die wechselrechtliche Exekution aus diesem Vergleich stattfindet (O. Wächter, Wechsellehre, S. 729. Kletke, Encykl. des Wechselrechts Bd. 2, S. 197, 198. Archiv f. d. W.-R. Bd. 6, S. 422), und welcher innere Unterschied zwischen diesem Falle und dem Falle des Stattgebens der Klage bestehen sollte, ist nicht abzusehen. In Oesterreich kann sogar schon auf Vorlegung des Wechsels und der sonst etwa erforderlichen Belege, wenn keine Anstände entgegenstehen, ohne Gehör des Beklagten ein bedingtes Zahlungsmandat (mandatum cum clausula) mit Androhung wechselrechtlicher Exekution erlassen, und, wenn der Wechselschuldner durch drei Tage keine Einwendungen dagegen vorgebracht hat, die Exekution verfügt werden (O. Wächter, a. a. O. S. 653, 728. Kletke, a. a. O. Bd. 2, S. 56 f. u. S. 197. Oesterr. Gerichtszeitung v. 1856 Nr. 117). Nach dem spanischen Handelsgesetzbuch ist der Befehl zur Exekution nach Ansicht des Wechsels und Protests zu erlassen, ohne weitere Erfordernisse, als daß der wegen Zahlung eingeklagte Aussteller oder Indossant seine Unterschrift vor Gericht anerkennt und keine statthaften Einwendungen vorgebracht sind (Codigo di Comercio Libro II. Tit. IX. Secc. 11. §. 544, 545. Meißner, Codex der europ. Wechselrechte Bd. 2, S. 88, 89. O. Wächter, a. a. O. S. 730); auch dieses Gesetzbuch kennt somit die Wechselexekution ohne vorgängiges verurtheilendes Erkenntniß.

Digitized by Google

der Aenderung des klägerischen Antrags nachträglich in Kenntniß zu setzen.

Entsch. des Obertribunals vom 29. Januar 1862 in S. Heß c. Waldschmidt.

b) Auch nach ergangenem Wechselerkenntniß kann von dem Kläger, welcher vorher nur um Realexekution gebeten hatte, Personalexekution nachträglich beantragt und von dem Wechselgerichte ohne vorheriges weiteres Gehör des Beklagten durch einfachen Beschluß verfügt werden.

Entsch. des Obertribunals v. 23. Januar 1861 in S. Melber c. Stänglen; vom 20. Februar 1861 in S. Seisser c. Metzger; vom 10. April 1861 in S. Pohl c. Metzger; vom 20. November 1861 in S. Melber c. Edele.

35) Kostenvorschuß bei dem Antrag auf Personalexekution.[66]

Personalarrest wird gegen einen Wechselschuldner nur auf Kosten und Gefahr des Wechselgläubigers verhängt, und es hat dieser die Arrestkosten, vorbehältlich des Wiederersatzes durch den Wechselschuldner, vorläufig zu tragen. Ein Antrag auf Personalexekution setzt daher das Erbieten des Klägers zum Vorschuße der Arrestkosten voraus, und ist ein solches Erbieten nicht erfolgt, so ist der Kläger vor dem Erkenntniß zur Erklärung aufzufordern, ob er zum Kostenvorschuß bereit seye.

Entsch. des Obertribunals vom 6. Oktob. 1860 in S. Maurer c. Tritschler.

Zu Kap. VII. §. 7 der württ. W.G.O.

36) Einleitung des Wechselprozesses gegen den Kridar.[67]

Hat ein Kridar nach bereits eröffnetem Konkurse eine Wechselverbindlichkeit eingegangen, so kann wegen derselben auch während der Dauer des Konkurses der Wechselprozeß

[66] Vergl. dieses Archiv Bd. 2, S. 526.

[67] Vergl. auch oben No. 1.

Digitized by Google

gegen den Kridar eingeleitet, und die Exekution an dessen nicht zur Gantmasse gehörigem Vermögen, soferne solches vorhanden, vollstreckt werden. Die Bestimmung des Kap. VII. §. 7 der württ. W.G.O. steht nicht entgegen, indem dieß eine schon vor Eröffnung des Gants begründete Wechselverbindlichkeit des Kridars voraussetzt, bezüglich deren der Wechselgläubiger in den Gant sich einzulassen hat und keine Wechselexekution verlangen kann, während bezüglich einer erst während der Dauer des Konkurses entstandenen Wechselforderung gegen den Kridar von einer Liquidirung derselben im Gante keine Rede seyn kann.[68]

Entsch. des Obertribunals vom 20. Nov. 1861 in S. Stähle c. Fröschle.

Zu Kap. VII. §. 12 der württ. W.G.O.

37) Sicherungsmittel gegen Ausländer.

a) Nach der Bestimmung des §. 12 des Kap. VII. der württ. W.G.O. von 1759 kann ein Fremder, welcher einer Wechselverbindlichkeit zur Verfallzeit nicht nachgekommen ist und vor wirklicher Zahlung im Lande betreten wird, wegen seiner Wechselschuld mit Personalarrest belegt werden. Durch diese Bestimmung ist Fremden gegenüber, gegen welche ein unbezahlter verfallener Wechsel vorliegt, der Personalarrest als ein Mittel zur vorläufigen Sicherung der einstigen Exekution für statthaft erkannt, und es bedarf im Falle der Betretung des fremden Wechselschuldners im Lande zur Begründung des auf vorläufige Verhängung des Personalarrests gerichteten Antrags des Wechselgläubigers nur der Vorlegung des verfallenen und unbezahlten Wechsels, beziehungsweise der Protesturkunde. Sind diese Urkunden unmangelhaft und zur Einleitung des Wechselprozesses geeignet, so kann der Personalarrest ohne vorheriges Gehör des Beklagten vor oder mit der Erkennung des Wechselprozesses angeordnet werden.

Entsch. des Obertribunals vom 15. Nov. 1861 in S. Löbelenz c. Speidel.

---

[68] Vergl. dieses Archiv Bd. 2, S. 527.

Digitized by Google

b) Was hienach von dem Personalarrest gilt, muß vermöge eines Schlusses von dem Mehr auf das Weniger auch von dem Arrest an Sachen gelten, und daher in denjenigen Fällen, wo nach obiger Bestimmung ein Antrag auf vorläufige Verhängung des Personalarrests begründet wäre, um so mehr ein Antrag auf vorläufige Beschlagnahme von Effekten für begründet erkannt werden, ohne daß es der sonst gegenüber von Inländern erforderlichen[69] Bescheinigung eines Arrestgrunds bedarf.

Entsch. des Obertribunals vom 19. Dezbr. 1854 in S. Stöckenius c. Ehrlich[70] und vom 28. Januar 1860 in S. Scholz c. Hüttemann und Suhr.

c) Ebenso kann unter derselben Voraussetzung die Beschlagnahme der Pässe erfolgen.

Entsch. des Obertribunals vom 28. Januar 1860 in S. Scholz c. Hüttemann und Suhr.

d) Auch ist es zulässig, in erster Linie Beschlagnahme von Effekten, und eventuell für den Fall, daß keine zur Sicherung der Wechselschuld genügende Effekten vorgefunden würden, Personalarrest zu beantragen.

Entsch. des Obertribunals vom 15. Nov. 1861 in S. Löbelenz c. Speidel.

38) Einwendungen gegen die Vollstreckung rechtskräftiger Wechselerkenntnisse.

Wird der Vollstreckung eines rechtskräftigen Wechselerkenntnisses die Einrede der Zahlung oder des Vergleichs entgegengehalten, so kann hiedurch die Exekution nur dann gehemmt werden, wenn die Einwendung vor dem Erkenntnisse nicht vorgebracht werden konnte und außerdem in continenti erweislich ist. Das erste Erforderniß ergibt sich aus der Bestimmung des Art. 4 des Gesetzes vom 13. November 1855, wonach die Exekution rechts-

[69] Entsch. des Obertribunals vom 28. Januar 1857 in S. Heim c. Geiger, in diesem Archiv Bd. 2, S. 526, Nro. 123; deßgl. Entsch. vom 13. Nov. 1861 in S. Löbelenz c. Speidel.

[70] Dieses Archiv Bd. 2, S. 527, Nro. 127.

Digitized by Google

kräftiger Erkenntnisse überhaupt nur durch Einwendungen, welche vor dem Erkenntnisse nicht vorgetragen werden konnten, gehemmt werden kann, eine Bestimmung, welche, wenn für sonstige Erkenntnisse, um somehr für Wechselerkenntnisse gelten muß. Das Erforderniß der sofortigen Erweislichkeit aber folgt aus den Bestimmungen der W.-Ger.-Ord. v. 1759. Zwar enthält diese bezüglich der Einwendungen gegen die Exekution rechtskräftiger Wechselerkenntnisse, insbesondere bezüglich der Frage, inwieweit solche die Exekution zu hemmen geeignet sind, keine besondere Bestimmung. Dagegen finden nach §. 13 und 17 des VI. Kapitels der W.G.O. im Wechselverfahren selbst die Einreden der Zahlung und des Vergleichs nur dann statt, wenn sie in continenti erweislich sind, und da dieß schon für das Verfahren vor dem Erkenntnisse gilt, so muß dasselbe noch mehr gelten, wenn ein Erkenntniß bereits ergangen ist, und in der Exekutionsinstanz behauptet wird, daß die Forderung nach dem Erkenntnisse durch Zahlung oder Vergleich ihre Vereinigung gefunden habe, indem andern Falls der Wechselgläubiger nach dem Erkenntnisse schlimmer daran wäre, als vor demselben, was nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen seyn kann.

Entsch. des Obertribunals v. 23. Mai 1860 in S. Hüttisheim Stetten c. Widmann.

39) Deserviten eines Rechtsanwalts für das Inkasso eines Wechselbetrags.

In einem früheren Falle hatte das Obertribunal den wohl richtigen Grundsatz aufgestellt, daß die Anrechnung eines Rechtsanwalts für das im Auftrag seines Mandanten besorgte Inkasso des Betrags eines Wechsels bei dem Mangel einer bestimmten Taxe für das Inkasso im außergerichtlichen Wege nicht dekretirt werden könne;

Entsch. des Obertribunals v. 14. Febr. 1860 in S. Feistmann c. Baumbach.

in neueren Fällen ist das Obertribunal jedoch aus Grün-

Digitized by Google

den der Zweckmäßigkeit wieder hievon abgegangen und hat die für das Inkasso gemachten Anrechnungen des Rechtsanwalts außergerichtlich dekretirt.

Entsch. des Obertribunals v. 24. Nov. 1860 in S. Nördlinger c. Kahn u. Graf; v. 18. Dez. 1860 in S. Mayer u. Comp. c. Zeiller u. Schiele.

40) Anspruch eines Rechtskonsulenten, als Wechselklägers, auf die Advokatentaxe.

Ein Rechtskonsulent, welcher als Inhaber eines Wechsels selbst als Wechselkläger aufgetreten ist, hat, wenn er gleich selbst Partei ist, dem kostenersatzpflichtigen Beklagten gegenüber Anspruch auf die Advokatentaxe, und es ist daher auch eine außergerichtliche Dekretur der Kostenanrechnung desselben statthaft.[71]

Entsch. des Obertribunals vom 15. Sept. 1860 in S. Jordan c. Heller; v. 25. Sept. 1860 in S. Schott c. Montfleury.

Es versteht sich jedoch von selbst, daß in diesem Falle für die Information eine Anrechnung nicht stattfindet.

Entsch. des Obertribunals v. 18. Sept. 1861 in S. Schott c. Ehrenberg.

41) Deserviten eines Rechtsanwalts für ein die Vollmacht vertretendes Giro.

Wird von einem mit Verfolgung einer Wechselklage beauftragten Rechtsanwalt anstatt der Ausfertigung einer Vollmacht ein, von seinem Auftraggeber zu unterzeichnendes, auf den Anwalt lautendes Giro zum Incasso und Procura auf den Wechsel gesetzt, so passirt hiefür eine Anrechnung von 30 Kreuzern.

Entsch. des Obertribunals vom 16. April 1861 in S. Ellinger c. Magg; vom 28. Mai 1861 in S. Monheimer c. Alber; vom 21. Juni 1861 in S. Monheimer c. Laubach.

---

[71] Zu vergl. Berner-Schäfer, das Verf. in bürg. Streitsachen S. 663.

Digitized by Google

2) Gehören die Kirchenopfer zu den, bei der Abfindung einer subsidiär auf dem Zehentbezug haftenden kirchlichen Baulast in Berechnung zu nehmenden, verwendbaren Mitteln des prinzipal Baupflichtigen?

(Eine Entscheidung des Gerichtshofs zu Ulm.)

Ruht die Verbindlichkeit zur baulichen Herstellung und Unterhaltung von Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäuden auf dem Bezuge von Zehenten nur aushilfsweise, soweit die Mittel eines näher Verpflichteten nicht zureichen, so ist nach Art. 34 des Zehentablösungs-Gesetzes vom 17. Juni 1849 die aus dem Zehentablösungskapital zu schöpfende Abfindung der Baulast nur für das durch die verwendbaren Mittel des zunächst Verpflichteten nicht gedeckte Erforderniß zu berechnen. Es muß somit, um die Baulastenabfindung berechnen zu können, der Umfang des verwendbaren Vermögens des zunächst Baupflichtigen zuvor festgestellt seyn, zu welchem Zwecke erforderlich ist, daß die durchschnittlichen ordentlichen Einnahmen sowohl, als die durchschnittlichen Ausgaben, letztere natürlich unter Abzug des Aufwands für bauliche Unterhaltung der betreffenden Gebäude ermittelt werden, indem der durchschnittliche Ueberschuß der Einnahmen über die Ausgaben den Umfang der jährlich verwendbaren Mittel des zunächst Verpflichteten bildet. Ist dieser zunächst Baupflichtige der Heilige oder die Kirchenfabrik, so entsteht bei Ermittlung der ordentlichen Einnahmen die Frage, ob hiezu auch die Kirchenopfer gerechnet werden dürfen, eine Frage, welche mehrfach in Streit gezogen worden ist, indem für ihre Verneinung geltend gemacht wurde, daß die Opfer von den Parochianen freiwillig und gewiß nicht in der Absicht gegeben werden, die rechtliche Verbindlichkeit des kirchenbaupflichtigen Zehentherrn zum eigenen Nachtheil der Opfer spendenden Parochianen dadurch zu erleichtern. Dieser Ansicht ist der Gerichtshof

Digitized by Google

zu Ulm[1] in einer Entscheidung vom 13. Januar 1860 entgegengetreten, und es dürfte eine Veröffentlichung der Gründe dieser Entscheidung nicht ohne Interesse seyn, da die Frage in jedem vorkommenden Falle wiederkehrt.

Die Opfer, Oblationen, freiwillige Spenden an die Kirchen ohne ausdrückliche Zweckbestimmung (im Gegensatz zu Stiftungen und Opfer zu bestimmten Zwecken) haben, wie bekannt, in den ältesten Zeiten der christlichen Kirche beinahe deren einzige Einkommensquelle gebildet, und auch seit der im Laufe der Zeiten erfolgten Vermehrung der kirchlichen Einkünfte zweifelt doch, wie van Espen[2] sagt, Niemand daran, daß die Oblationen unter die regelmäßigen laufenden Einnahmen der Kirchen zu zählen seyen.[3] Aus den laufenden ordentlichen Einnahmen der Kirchenfabrik aber, soweit solche nicht zu Bestreitung des Kultaufwands erfordert werden, sind nach den kanonischen Grundsätzen, insbesondere dem Conc. Trid. S. 21, c. 7, in erster Linie die Kosten der baulichen Erhaltung der Kirchengebäude zu bestreiten, und die Besitzer kirchlicher Zehenten oder anderer zur Kirche gehöriger Einkünfte dürfen nur nach Erschöpfung der regelmäßigen laufenden Einkünfte der Kirchenfabrik für Bauzwecke herangezogen werden. Ob die Spender der in den Kirchenkasten fallenden Opfer von der Absicht geleitet waren, mit ihren Beiträgen den aushilfsweise Baupflichtigen zu erleichtern, erscheint gleichgiltig, weil es sich nicht um eine vorzugsweise Verwendung dieser Einnahmen für den Kirchenbau, sondern nur darum handelt, daß dieselben, was im Zweifel mit der Absicht eines jeden Opfernden zusammentreffen wird, zu den der Kirche obliegenden

---

[1] Ueber die Kompetenz vergl. meine Ausführung in Bd. 4 dieses Archiv's S. 135 ff.

[2] Jus Eccl. univ. P. II. Tit. 33. c. 10.

[3] Eichhorn, Kirchenrecht Bd. 2, S. 813. Richter, Kirchenrecht §. 292 f.

Digitized by Google

Ausgaben im Allgemeinen, und nicht blos zu besondern Gattungen derselben verwendet werden sollen. Wollte man aber selbst davon ausgehen, daß die Opfernden eine Verwendung ihrer Spenden zum Kirchenbau in jedem Falle haben ausgeschlossen wissen wollen, und hiebei von dem Rechtssatze absehen, daß eine einer Schenkung nicht ausdrücklich angehängte Zweckbestimmung nicht zu beachten ist, vielmehr eine zwischen Geber und Empfänger stillschweigend zu Stande gekommene Uebereinkunft wegen der Verwendung der Opfer annehmen, so würde hieraus nur folgen, daß dieselben vor anderen Einkünften der Kirche zu Bestreitung der näher liegenden Zwecke der Kirchenfabrik, d. h. zu Bestreitung der Kultkosten zu verwenden wären, und das praktische Resultat für den Umfang der Verbindlichkeit des aushilfsweise Baupflichtigen bliebe das gleiche, weil die Leistungen für Kultzwecke aus dem übrigen Einkommen der Fabrik um denjenigen Betrag sich vermindern müßten, welcher an Opfergeldern voraus für diese Zwecke verwendet würde.

Dieß die Gründe des Gerichtshofs; das Obertribunal war noch nicht im Falle, sich über die Frage auszusprechen, man wird aber jedenfalls dem ersten Grunde des Gerichtshofs beitreten müssen, denn die ohne ausdrückliche Zweckbestimmung gegebenen Opfer bilden einen Theil des allgemeinen Kirchenvermögens und sind als solches für das gesammte kirchliche Bedürfniß, also auch für kirchliche Bauzwecke verwendbar. K.

Digitized by Google

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Ueber den Begriff der Verwaltungsjustizsachen nach dem Gesetz vom 13. November 1855.

(Von Herrn Direktor v. Geßler.)

Einleitung.

Durch das Gesetz vom 13. November 1855 ist das Verfahren in Verwaltungsjustizsachen in einigen Punkten normirt worden. Es ist festgestellt worden, daß alle Endentscheidungen mit Entscheidungsgründen versehen werden müssen, (Art. 2) daß den Parthieen vollständige Akteneinsicht zustehe, (Art. 3) insbesondere sind die Rechtsmittel genauer normirt und für ihre Anwendung bestimmte Formalien und Fatalien gegeben, (Art. 4—15) es ist ein Sportelansatz für die Erkenntnisse vorgeschrieben, (Art. 16) endlich ist in dem Art. 18 des Gesetzes bestimmt, daß die Normen über die Rekurse in Bürgerrechts- und Gewerbesachen, sowie über die Streitigkeiten im Brandversicherungswesen durch dieses Gesetz nicht alterirt werden, daß dagegen die Bestimmungen des neuen Gesetzes bei Verwaltungsjustizsachen aus diesem Gesetze Anwendung finden. Es kann darüber gestritten werden, ob es zweckmäßig war, in dem Falle, wenn man Normen für das Verfahren in der Verwaltungsrechtspflege geben wollte, diese Normen mit dem Stadium zu beginnen, in welchem eine Streitsache wenigstens in einer Instanz bis zum Schlusse verhandelt und entschieden ist. Es läßt sich nicht leugnen, daß es offenbar angemessener gewesen wäre, die Normen des Verfahrens mit dem ersten Stadium des Prozesses und mit seinen nothwendigen Voraussetzungen zu beginnen. Auf der anderen Seite läßt sich jedoch nicht in Abrede ziehen, daß in der durch die Vielgestaltigkeit der Beziehungen des öffentlichen Lebens herbeigeführten

Digitized by Google

Schwierigkeit einer durchgreifenden Bearbeitung des ganzen Administrativverfahrens und in der Mangelhaftigkeit der Litteratur über die Administrativjustiz eine triftige Entschuldigung dafür zu finden ist, den Gegenstand zunächst an einem einzelnen Punkte zu fassen, um von demselben aus weiteren Boden für eine durchgreifendere Erörterung und Bearbeitung der ganzen Materie zu finden. Sache der Doktrin und der Wissenschaft ist es meines Erachtens von dem Gesetze, wie es ist, Akt zu nehmen, und an der Hand der durch dasselbe gewonnenen Basis, sowie der sich an dasselbe anschließenden Praxis den Begriff und das Wesen der Administrativjustiz im Gegensatz zu der reinen Verwaltungsthätigkeit der Administrativbehörden genauer festzustellen. Mit dieser Aufgabe hat man sich zunächst zu beschäftigen, ihre Lösung bietet aber auch der Wissenschaft, wie der Praxis die meisten Schwierigkeiten dar. Obgleich man nämlich gar viel von Administrativjustiz spricht und die Grundrechte bekanntlich seiner Zeit einfach das Aufhören der Verwaltungsrechtspflege dekretirt und alle Rechts-Verletzungen an die Gerichte verwiesen haben, so ist die Frage, was als Verwaltungssache, was als Verwaltungsjustizsache anzusehen sey, in dem einzelnen Falle nicht so leicht zu lösen und bald nach dem Erscheinen des Gesetzes machte sich für die einzelnen Fälle eine große Meinungsverschiedenheit der zur Anwendung des Gesetzes berufenen Behörden geltend. Es wird daher nicht als etwas Ueberflüssiges erscheinen, wenn diese Zeilen es sich zur Aufgabe setzen, an der Hand des Gesetzes und der Verhandlungen über dasselbe den Begriff einer Administrativjustizsache im Gegensatz zu einer bloßen Verwaltungssache genauer zu bestimmen, sofort aber die verschiedenen Meinungen, die sich über das Gesetz geltend gemacht haben, kritisch zu erörtern, und unter Zugrundlegung der sonstigen gesetzlichen Bestimmungen auf einzelne Fälle näher einzugehen, welche geeignet seyn möchten, die Richtigkeit der gegebenen Ausführung näher zu prüfen.

Digitized by Google

§. 1.

Zu näherer Bestimmung des Begriffs einer Verwaltungsjustizsache ist vor Allem auf den Art. 1 des Gesetzes vom 13. November 1855 einzugehen. Nach demselben soll das Gesetz Anwendung finden auf „solche Streitigkeiten, in welchen über Ansprüche, die sich auf das öffentliche Recht gründen, im Geschäftskreise des Departements des Innern entschieden wird, sey es, daß der Streit zwischen Privaten und Körperschaften unter sich oder gegenüber von dem Staat als Inhaber von Vermögensrechten entstanden ist, und es ist im Gegensatze hievon die Anwendung des Gesetzes in denjenigen Beschwerdesachen ausgeschlossen, „bei welchen der Staat als öffentliche Gewalt betheiligt ist." —

Die Fassung des Artikels hat, wie sich nicht leugnen läßt, etwas ziemlich Elastisches und ist eben deßhalb einer verschiedenen Deutung fähig; insbesondere ist der zweite Absatz des Artikels in einer Weise gefaßt, welche vom Standpunkt der Sprachrichtigkeit aus zu Bedenken Veranlassung gibt. Wenn nämlich die Behörde in Handhabung der öffentlichen Gewalt des Staats in einem einzelnen Falle handelt, so steht der Staat dem, gegen welchen die Handhabung gerichtet ist, nicht als Parthie gegenüber, er ist somit bei dem Akte nicht eigentlich betheiligt; denn eine Betheiligung bei etwas setzt offenbar Gleichberechtigte voraus, die einander gegenüber stehen. Wenn aber die Behörde in Handhabung der öffentlichen Gewalt handelt, stehen diejenigen, welchen gegenüber sie handelt, ihr nicht als Gleichberechtigte gegenüber, sondern sie haben der Anordnung Folge zu leisten. Hat so die Fassung des zweiten Absatzes des Artikels etwas Unbestimmtes, so ist dies nicht minder mit dem ersten Absatz der Fall. Nach demselben soll nämlich das Gesetz Anwendung finden auf Ansprüche, die auf das öffentliche Recht sich gründen und zwischen Privaten und Korporationen unter sich oder gegenüber von dem Staat in seiner fiskalischen Eigen-

Digitized by Google

schaft entstanden sind. Einen auf das öffentliche Recht sich gründenden Anspruch kann man aber am Ende jede, auch die allgemeinste Forderung heißen, welche auf die Gesetze sich gründet, z. B. das Verlangen einer Konzession auf dem eigenen Grund und Boden, so daß am Ende selbst der Fall unter das Gesetz fiele, wenn zwei Kompetenten um eine Konzession sich darüber streiten, wer den nächsten Anspruch auf die Ertheilung der Konzession habe. Dies kann aber offenbar nicht die Absicht des Gesetzes gewesen seyn; denn auf diesem Wege würde geradezu fast die ganze Verwaltungsthätigkeit in der richterlichen Funktion aufgehen. Es wird sich daher darum handeln, ein bestimmteres Kriterium für diese streitigen auf das öffentliche Recht sich gründenden Ansprüche aufzufinden. Zu diesem Zwecke ist auf die Quellen des Gesetzes näher einzugehen.

Die Motive unterscheiden 3 Kategorien der Beschwerden, die in der Verwaltung vorkommen:

1) Den Fall, wenn Jemand durch irgend welche Verfügung der öffentlichen Behörden seine Interessen benachtheiligt findet, ohne in einem Rechte verletzt zu seyn;

2) den Fall, wenn sich Jemand durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem Recht verletzt glaubt;

3) den Fall der Verletzung in seinem Rechte durch ein administrativ gerichtliches Erkenntniß, d. h. durch einen Beschluß der Verwaltungsbehörde, mittelst dessen über einen sich auf das öffentliche Recht gründenden Anspruch zwischen zwei oder mehreren Parthieen nach vorangegangener Verhandlung entschieden worden sey.

Wenn nun die Motive die Fälle unter Ziff. 1 und 2 von dem Gesetze ausschließen, weil

ad. 1) im ersten Fall weder von verletzten Rechten noch von gegenüberstehenden Parthieen die Rede sey;

ad. 2) im zweiten Falle aber das Merkmal des Contentiösen fehle, weil keine sich auf gleichem Fuß gegen-

Digitized by Google

überstehende Parthieen vorhanden seyen, vielmehr die Staatsgewalt vermöge ihrer Hoheitsrechte handle;

dagegen die Fälle unter Ziff. 3 deßhalb unter das Gesetz stellt, weil diese Streitigkeiten nach ihrer formellen Natur den vor dem Civilrichter zu verhandelnden Streitigkeiten durchaus ähnlich seyen, so müßte man das Kriterium für eine Administrativjustizsache nach den Motiven darin finden, daß eine Administrativjustizsache bei solchen auf das öffentliche Recht sich gründenden Ansprüchen vorhanden sey, bei der sich die streitenden Theile in einem (reinen) Parthieenverhältnisse befinden, das den vor dem Civilrichter zu verhandelnden Streitigkeiten sonach den Parthieenverhältnissen in einem Civilprozesse ähnlich ist, bei dem somit die Thätigkeit der Verwaltungsbehörde eine wesentlich richterliche ist.

Mit dieser Auffassung des Sinnes des Gesetzes stimmen denn, im Wesentlichen wenigstens, auch die Kammerverhandlungen überein, obgleich dieselben den Eindruck zurücklassen, daß man sich bei ihnen darüber, was eigentlich als Administrativjustizsache und was als Administrativsache anzusehen sey, nicht völlig klar geworden ist, denn es ist denn doch an sich etwas Abnormes, wenn es von dem zufälligen Umstande, daß in dem einzelnen Falle eine Korporation aufgefunden wird, die gegenüber gestellt werden kann, abhängen soll, ob dieselbe Verfügung, welche die Behörde trifft, das Eine Mal als Administrativsache, das andere Mal als Administrativjustizsache erscheint. Wenn aber der Frage des Abgeordneten Pfeifer nach dem Inhalt des Gesetzes[1] entgegengehalten wurde, daß nur die inneren Verhältnisse des Falles maßgebend seyn sollten, um eine Streitsache zu einer Administrativjustizsache zu stempeln, so steht diese Erklärung sicher mit der Ausführung der Kommission[2] über diesen Gegenstand nicht wohl im Einklang.

[1] Verh. d. K. d. Abg. 1854/55, 1. Beil.-Bd. S. 377—379.

[2] Ebendas. S. 372, 373.

Digitized by Google

Um eine klarere Basis für die Sache zu gewinnen, dürfte vor Allem die Frage näher zu erörtern seyn, was zu dem Vorhandenseyn eines Parthieenverhältnisses in einem Rechtsstreite erforderlich sey; auf ein Parthieen-Verhältniß hat das Gesetz nach seiner Erklärung in den Motiven, wie bei den Verhandlungen ein entschiedenes Gewicht gelegt, und mit nicht geringer Entschiedenheit darauf hingewiesen, daß die Behörde im einzelnen Fall in richterlicher Eigenschaft gehandelt haben müsse, um die Anwendung des Gesetzes für begründet erkennen zu lassen. Darüber waren — das darf man als ausgemacht annehmen — die gesetzgebenden Faktoren unter sich einig. Nicht minder wichtig ist aber zur Erklärung des Sinnes über den Umfang des Gesetzes eine andere Seite der Sache. In dem Gesetze ist nämlich bestimmt, daß gegen Endentscheidungen nur das ordentliche Rechtsmittel des Rekurses und die außerordentlichen Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattfinden. Diese Rechtsmittel sollen aber nur innerhalb bestimmter Fristen statthaft seyn. Nach einem Jahr (Art. 13 des Gesetzes) findet das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde nicht mehr statt, und das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand muß vor Ablauf von vier Jahren von dem Tage an gerechnet angebracht werden, an welchem das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat, widrigenfalls dasselbe nicht mehr statthaft ist. Mit dieser Bestimmung ist indirekt ein sehr wichtiges Moment für die nähere Bestimmung des Begriffs einer Verwaltungsjustizsache im Sinne des Gesetzes gegeben. Der entstandene Streit muß nämlich hiernach offenbar ein solcher seyn, bei dem eine der Rechtskraft fähige Endentscheidung möglich ist. Das Gesetz sollte hiernach nur auf Streitigkeiten Anwendung finden, bei welchen ein Parthieenverhältniß im Sinn des Civil-Prozesses möglich ist, bei dem durch die Entscheidung die Ordnung eines bestimmten Rechtsverhältnisses in einer

Digitized by Google

formell endgiltigen Weise (mit Rechtskraft) möglich ist. Ein solches ist aber nur da denkbar, wo über das Vorhandenseyn bestimmter Rechte gestritten wird, nicht aber da, wo es sich erst um werdende oder zu begründende Rechte, um den Erwerb von Rechten oder um die Prüfung der Statthaftigkeit einer Polizeimaßregel handelt. Im ersten Fall ist, wie während der Verhandlung des Prozesses als solchen, so auch nach demselben eine totale Veränderung der ganzen Sachlage möglich, und es wäre ganz abnorm, alsdann von einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf den Grund neu aufgefundener Beweismittel oder Thatsachen zu sprechen; im zweiten Fall bei einer Polizeimaßregel dagegen kann, da sie der Natur der Sache nach nur auf einen vorhandenen faktischen Zustand unter einer gegebenen gesetzlichen Normirung gegründet wird und mit dem Wegfallen des vorhandenen faktischen Zustands die Rechtfertigung der Anwendung der gesetzlichen Norm von selbst wegfällt, von einem Streite des Rechts gegen Recht nicht die Rede seyn.

§. 2.

Es ist nun die Aufgabe dieser Abhandlung, die verschiedenen Arten von Streitigkeiten, die in dem Departement des Innern vorkommen, nach der Richtung genauer zu erörtern, ob und in wie weit sie unter das Gesetz vom 13. November 1855 fallen, sodann aber die verschiedenen Meinungen, die sich über den Umfang des Gesetzes theils in der Litteratur, theils in der Praxis geltend gemacht haben, näher zu beleuchten. Gerade das Letztere wird am Besten an der Hand der einzelnen Fälle selbst geschehen. An ihnen wird sich am Besten erproben, ob das oben aufgestellte Kriterium für den Charakter einer Administrativjustizsache sich als rechtsbeständig erweist. Die Frage, ob im einzelnen Falle eine der Rechtskraft fähige Entscheidung in dem Sinne möglich ist, daß nur noch im

Digitized by Google

Wege der Restitution auf die Sache eingegangen werden kann — eine Forderung, welche das Gesetz nothwendig stellen muß, wenn es die Rechtsmittel in der Weise wie geschehen normirte — wird, wie der Verlauf dieser Darstellung zeigen dürfte, am Besten erweisen, ob ein einzelner Streit als Verwaltungssache oder ob derselbe als Administrativjustizsache aufgefaßt werden kann.

Zu diesem Zwecke haben wir nun zunächst die Streitigkeiten näher zu prüfen, welche aus Anlaß des Bürgerrechtsgesetzes und des als Ergänzung dieses Gesetzes dienenden Gesetzes vom 5. Mai 1852 über die Verehelichungs- und Uebersiedlungsbefugnisse entstehen können, sofort werden wir auf andere Streitigkeiten übergehen.

Zu näherer Erörterung gerade in Beziehung auf das Bürgerrechtsgesetz gibt der Art. 18 unseres Gesetzes zunächst Anlaß, wenn er bestimmt:

„Die Art. 69 und 70 des Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833, die Art. 162 und 163 des Gewerbegesetzes vom 5. August 1836, die Art. 14 und 19 des Gesetzes vom 5. Mai 1852 über die Verehelichungs- und Uebersiedlungsbefugnisse, die Art. 46 und 47 des Gesetzes vom 14. März 1853 über die allgemeine Brandversicherungsanstalt bleiben forthin in Wirkung; im Uebrigen finden bei Verwaltungsjustizsachen aus dem Bereiche dieses Gesetzes die Bestimmungen dieses Gesetzes ihre Anwendung."

Es ist, was diesen Gesetzesartikel betrifft, zunächst historisch anzuführen, daß derselbe in dem ursprünglichen Entwurfe, wie er von der Regierung bei den Ständen eingebracht wurde, nicht enthalten war. Statt desselben hatte vielmehr der Art. 5 des Entwurfs beantragt: daß der Gebrauch des Rekursrechts jeder Partie nur einmal in derselben Streitsache gestattet seyn solle, und der Art, 15, daß dieses Gesetz überhaupt an die Stelle des Art. 163 der Gewerbeordnung trete, und der Art. 162 des Gewerbegesetzes, sowie die Art. 69 und 70 des Bürger-

Digitized by Google

rechtsgesetzes für diejenigen Streitigkeiten, welche unter dieses Gesetz fallen, außer Wirkung treten sollen. Die Kammer der Abgeordneten hat aber beide Artikel abgelehnt und die Kammer der Standesherren sich mit der Ablehnung im Wesentlichen einverstanden erklärt, dagegen die Aufnahme des Art. 18 vorgeschlagen, da allerdings eine Bestimmung über das Verhältniß der Formalien der gedachten Gesetze zu dem neuen Gesetze erforderlich war. Daß es aber hiebei nicht die Absicht der gesetzgebenden Faktoren war, durch diese Bestimmung irgend etwas an dem Begriff einer Verwaltungsjustizsache zu normiren, wie solcher nach dem Gesetz aufgefaßt werden muß, das geben die Worte des Art. 18 selbst an die Hand, sofern sie dieses Gesetz nur soweit für anwendbar erklärt haben, als es sich um eine Verwaltungsjustizsache aus dem Bereich dieser Gesetze handelt. Das Ergebniß der weiteren Darstellung wird zeigen, daß es nicht überflüssig ist, an diese Bedeutung des Artikels zu erinnern.

§. 3.

Fassen wir nun die Streitigkeiten, die sich in Folge des Bürgerrechtsgesetzes ergeben können, in's Auge, so theilen sich dieselben in 3 Hauptgruppen:

1) in Streitigkeiten über die Erwerbung eines Bürgerrechts;

2) in Streitigkeiten über die Frage des erworbenen Bürgerrechts, d. h. darüber, ob einem Einzelnen das Bürgerrecht in einer Gemeinde zustehe.

3) in Streitigkeiten über die Ausübung einzelner Rechte, welche der Ausfluß des Bürgerrechts sind.

Daß die Streitigkeiten sub Ziff. 2, unter den Art. 1, Absatz 1 des Gesetzes fallen, daß die Frage, ob Jemand ein bereits vorhandenes Bürgerrecht in einer Gemeinde zustehe, oder ein etwa vorhanden gewesenes Bürgerrecht bereits verloren gegangen sey, daß dieser Streit als eine Verwaltungsjustizsache anzusehen ist, darüber kann wohl

Digitized by Google

ein Zweifel überall nicht obwalten. Der Kläger macht hier den Anspruch geltend, daß ihm ein Bürgerrecht zustehe, das die Gemeinde bestreitet; der Streit dreht sich einfach darum, ob ein Recht vorhanden ist, oder nicht, oder ob ein etwa vorhanden gewesenes Recht bereits verloren gegangen ist, oder nicht. Hier ist eine Entscheidung des Streites mit derjenigen formellen Rechtskraft möglich, welche der Art. 15 des Gesetzes vom 13. November 1855 voraussetzt. In einem solchen Falle kann auch von einer Wiederaufnahme der Verhandlung nur im Wege der Restitution die Rede seyn, eine nachfolgende Veränderung der faktischen Verhältnisse kann an der Lage des Streites als solchen nichts ändern.

Anders verhält sich dies theilweise bei Streitigkeiten unter Ziffer 1. Nach unserem Staatsrechte wird bekanntlich das Gemeindebürgerrecht erworben durch Geburt, durch Aufnahme oder durch Zutheilung. Tritt ein Streit über die Erwerbung eines Bürgerrechts durch Geburt ein, so fällt dieser Streit wohl in der Regel unter die Kategorie der Streitigkeiten über ein schon vorhandenes Bürgerrecht. Denn da das Bürgerrecht schon durch den Akt der Geburt erworben wird, so kann es sich nur darum handeln, zu untersuchen, ob dem Vater oder bei unehelichen Kindern der Mutter das Bürgerrecht zustand oder zusteht. Dies ist selbst dann der Fall, wenn der Vater oder die Mutter ein doppeltes Bürgerrecht besitzt oder besaß, denn es handelt sich auch hier lediglich um die Untersuchung, welches dieser Rechte auf die Kinder nicht erst vererbt wird, sondern welches schon vererbt worden ist. Der mit dem Anspruch auf ein Bürgerrecht auf den Grund der Geburt auftretende Bewerber macht daher nicht ein erst zu erwerbendes, sondern ein eben durch die Geburt schon erworbenes Bürgerrecht geltend. Der Streit hierüber ist daher nicht ein Streit im Sinne der Ziff. 1, sondern der Ziff. 2 der obigen Kategorien, und seine Subsumtion unter

Digitized by Google

das Gesetz vom 13. Nov. 1855 kann daher keinem Zweifel unterliegen.

Bei der Erwerbung des Bürgerrechts durch Aufnahme ist, was die freiwillige Aufnahme betrifft, ein Streit nur darüber denkbar, ob eine Aufnahme und sonach ein bereits erworbenes Bürgerrecht vorliegt. Diese Streitigkeiten fallen unzweifelhaft unter das Gesetz. Bekanntlich hat aber jeder Staatsbürger und selbst der Ausländer das Recht, nach erfolgter Nachweisung der gesetzlich normirten Voraussetzungen (Art. 18 ff. des Bürgerrechtsgesetzes, Art. 17 des Gesetzes vom 5. Mai 1852) gegen den Willen der Vertreter der Gemeinde in das Bürgerrecht derselben aufgenommen zu werden. Geht man nun von der Ansicht aus, daß das Gesetz vom 13. Nov. 1855 überhaupt da Anwendung finde, wo eine Regiminalbehörde berufen ist, einen vor ihr anhängig gewordenen und durchverhandelten Streit zwischen zwei oder mehreren Parthien über einander entgegentretende öffentlich-rechtliche Ansprüche durch ihren Spruch zu schlichten, wie dieß v. Pfaff[3] gethan hat, so leidet es keinen Zweifel, daß auch für diese Fälle das Gesetz Anwendung finden müßte. Es steht nämlich in einem solchen Falle die Gemeinde, welche die Voraussetzung der Zwangsaufnahme bestreitet, dem Bürgerrechtspetenten gegenüber, und die Regiminalbehörde entscheidet darüber, ob der Anspruch des Petenten auf die Erwerbung des Bürgerrechts gegründet ist, d. h. ob die Gemeinde für schuldig zu erkennen ist, den Petenten gegen ihren Willen in das Bürgerrecht aufzunehmen. Nach der oben gegebenen Ausführung aber (§. 1) würde diese Frage zu verneinen seyn, da es sich nicht um einen Streit über ein schon erworbenes (bestehendes) Recht, sondern um einen Streit über ein erst zu erwerbendes Recht handelt. Die Entscheidung über die Richtigkeit der einen oder der andern Ansicht wird we-

[3] In diesem Archiv, Bd. 3, S. 72.

Digitized by Google

sentlich davon abhängen, ob das Erkenntniß in einer solchen Streitsache als ein der Rechtskraft fähiges angesehen werden kann, so daß es nur nach erlangter Rechtskraft — sey dieselbe durch Ablauf der Rekursfristen oder Erschöpfung der Rekursinstanzen herbeigeführt — nur auf den Grund neu aufgefundener Beweismittel oder Thatsachen im Wege der Restitution abgeändert werden könnte? Diese Frage ist aber wohl bei dem Streit über eine Zwangsaufnahme auf das Entschiedenste zu verneinen. Setzen wir den Fall, daß dem Bürgerrechtspetenten sein Gesuch deßhalb (endgiltig) abgeschlagen worden ist, weil er das erforderliche Vermögen nicht besessen hat, daß er aber ein Jahr nach dem letzten Bescheid durch eine Erbschaft in den Besitz des Fehlenden gekommen ist. Eine neu aufgefundene Thatsache ist dies nicht, sondern eine neu eingetretene, mit seinem Restitutionsgesuche müßte er daher abgewiesen werden; bei der neuen Anbringung seines Gesuchs müßte er sich aber auf den Grund der eingetretenen Rechtskraft des Erkenntnisses — bei der Unterstellung seines früheren Streits die exc. rei jud. entgegenhalten lassen. So würde er gegen alles materielle Recht — formell aber bestens in Ordnung — mit seinem Aufnahmegesuch abgewiesen. Die gleiche Konsequenz müßte entstehen, wenn die Abweisung seines Gesuches auf den Grund der Ziff. b, c, d des Art. 19 des Bürgerrechtsgesetzes erfolgt, bei der Erneuerung seines Gesuches aber die 6jährige Frist der Wirksamkeit der Strafe abgelaufen, oder die Untersuchung (Ziff. d) zu Gunsten des Petenten erledigt wäre. Da nun eine Rechtskraft im Sinne des Gesetzes bei solchen Streitigkeiten über ein erst werdendes Recht sich nicht statuiren läßt, so wird man auch das Gesetz vom 13. Nov. 1855 auf sie nicht anwenden können, obgleich bei denselben in der Regel 2 Parthieen sich gegenüberstehen, und der Staat hiebei als öffentliche Gewalt nicht betheiligt ist.

Digitized by Google

§. 4.

Mehr Schwierigkeit als diese Fälle bietet die Frage, ob ein Streit über die Zutheilung eines Heimathlosen unter die Normen des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 zu stellen ist. Wenn man blos das äußere Kriterium entscheiden läßt, ob Parthieen sich gegenüberstehen, so ist allerdings die Unterstellung des Streits unter das Gesetz wenigstens in dem Falle, wenn der Heimathlose seine Zutheilung gegen eine bestimmte Gemeinde geltend macht, weniger zweifelhaft, konsequent müßte sie aber auch in dem Fall einer Zutheilung von Amtswegen da eintreten, wo entweder der Heimathlose selbst an dem Streit als Parthie Theil nehmen will, oder wo zwei Gemeinden unter sich streiten, welcher der Heimathlose zugetheilt werden soll.

Unseres Erachtens ist zur Lösung dieser Streitfrage zunächst Einiges aus den Verhandlungen über das Gesetz anzuführen, dann aber die Thätigkeit der Behörde bei einer Zutheilung näher in das Auge zu fassen. In dem Anbringen, mit welchem das Ministerium des Innern den Gesetzesentwurf dem König zur Einholung des Gutachtens des K. Geheimenraths vorlegte, war wörtlich gesagt:

„Der Art. 15 normirt das Verhältniß des Gesetzes zu der bisherigen Gesetzgebung. Es waren hiebei namentlich das Bürgerrechtsgesetz und die allgemeine Gewerbeordnung in's Auge zu fassen. Was das erste Gesetz anbelangt, so fallen diejenigen Gegenstände, bei welchen über einen auf das Gemeinderecht sich gründenden Anspruch zwischen Parthieen gestritten wird, ganz unter die Bestimmung in Art. 1, Abs. 1 des Entwurfes. Es gibt jedoch eine zweite Kategorie von Gegenständen, die unter die Bestimmung im zweiten Absatz des oben angeführten Artikels zu subsumiren sind, obwohl sie materiell nach den Normen des Bürgerrechtsgesetzes behandelt werden müssen, wie z. B. polizeiliche Ausweisungen und Zuthei-

Digitized by Google

lungen Heimathloser. Mit Rücksicht auf diese Gegenstände liegt kein Grund vor, die Art. 69 und 70 (des Bürgerrechtsgesetzes) außer Wirkung treten zu lassen, da hiedurch eine fühlbare Lücke entstehen würde."

Der K. Geheimerath bemerkte jedoch:

„Wir haben gegen die (bezüglichen) Sätze des Artikels selbst kein Bedenken, wohl aber gegen die Ausführung in dem Anbringen, wenn es die Absicht seyn sollte, sie in Motive umzuformen, das nämlich, daß uns die Zutheilungen Heimathloser nicht so unbedingt unter den zweiten Absatz des Art. 1 des Entwurfs gestellt werden zu können scheinen, daß vielmehr eine solche Maßregel leicht zur wahren Parteisache zwischen zwei und noch mehreren Gemeinden werden könnte. Die Anführung von Beispielen dürfte daher in den Motiven zu vermeiden seyn."

Demgemäß wurde in den Motiven von der Erwähnung der genannten Beispiele Umgang genommen, im Uebrigen aber sich über die von dem K. Geheimerath in seinem Anbringen ohnehin nur hypothetisch ausgesprochene Thesis nicht weiter ausgesprochen. In einer umfassenden Abhandlung hat sich nun v. Pfaff[4] dahin ausgesprochen, daß diese Fälle stets unter das Gesetz vom 13. November 1855 zu stellen seyen, sobald zwischen dem Heimathlosen und einer Gemeinde oder mehreren Gemeinden unter sich darüber Streit entstehe, wer denselben auf den Grund der im Art. 35 des Bürgerrechtsgesetzes ausgesprochenen Normen für die Zutheilung zu übernehmen habe.

Die Richtigkeit dieser Thesis, welche übrigens der K. Geheimerath in einigen Fällen adoptirt hat, dürfte jedoch Bedenken unterliegen. Der Nerv der Entscheidung der vorliegenden Kontroverse liegt, wie in dem gedachten Aufsatz[5] mit Recht ausgeführt wird, nicht sowohl darin,

---

[4] In diesem Archiv Bd. 3, S. 80, 81, 82.

[5] a. a. O. S. 81.

Digitized by Google

ob die Unterstellung unter das Gesetz durch den zweiten Absatz des Art. 1 desselben ausgeschlossen werde oder nicht, als vielmehr darin, ob die Behörde, indem sie die Zutheilung ausspricht als Richter, oder ob sie als Verwaltungsbehörde handelt? Hiefür wird aber wohl nicht, wie in dem gedachten Aufsatz geschieht, die Vergleichung der streitenden Theile mit den Parthien eines Prozesses, sondern vor Allem das maßgebend seyn, wie der Gesetzgeber die Funktion der Behörde bei dem Zutheilungsverfahren aufgefaßt hat, und da scheinen uns denn doch überwiegende Gründe gegen die Unterstellung unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 sich zu ergeben. Damit sind wir vollkommen einverstanden, daß darauf nichts ankommt, ob die Zutheilung von Amtswegen oder auf Verlangen des Betheiligten erfolgt. Die Thätigkeit der Behörde ist in dem einen wie in dem andern Falle dieselbe. Nun ist aber eine Zutheilung an sich ein Akt reiner Verwaltungsthätigkeit, und nicht der Akt einer richterlichen Funktion, es handelt sich hiebei nicht um die Ausmittlung eines bereits bestehenden, sondern eines erst zu schaffenden Rechtes; denn erst durch die erfolgte Zutheilung wird nach Art. 39 des Bürgerrechtsgesetzes das Beisitz- oder Heimathrecht (Bürgerrecht ohne Wahl und Wählbarkeitsrechte) für den Zugetheilten erworben. Allerdings ist hier eine Veränderung der Verhältnisse, welche es nach dem Ausgeführten nicht zulässig erscheinen läßt, die Zwangsaufnahmen als Verwaltungsjustizsachen zu behandeln, ohne Einfluß, weil die Zutheilung sich blos auf der Vergangenheit angehörende Momente gründet und es würde daher dieß der Anwendung des Art. 15 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 weniger im Wege stehen; allein hieraus folgt denn doch noch nichts dafür, daß die Behörde bei der Zutheilung ein Richteramt und nicht eine rein administrative Thätigkeit übt. Von einer solchen spricht denn auch das Gesetz allein. Der Art. 35 (Ziff. 1, 2, 6) spricht lediglich von

Digitized by Google

einem Zutheilen des Heimathlosen, Ziff. 3, 4 von einem Anweisen des Heimathrechts, Ziff. 5 und 7 von einem Zuweisen des Heimathlosen; in gleicher Weise drückt sich der Art. 36 des Bürgerrechtsgesetzes aus, verbis: „derjenigen Gemeinde zugewiesen." Dieser die Thätigkeit der Behörde normirenden und für sie entscheidenden Ausdrucksweise gegenüber kann es nicht in Betracht kommen, daß in diesem Gesetze hie und da von Heimathsrechtstiteln und in Art. 37 von der Einholung der Entscheidung der Kreisregierung die Rede ist, denn in diesem Artikel heißt es gerade vorher: Die Zutheilung werde ausgesprochen. Diese dem Gesetz selbst entnommenen Momente dürften mit Entschiedenheit dafür sprechen, die Zutheilung eines Heimathlosen, mag sie nun von Amtswegen oder auf das Verlangen des Heimathlosen erfolgen, nicht als einen Akt der Verwaltungsjustiz, sondern als einen Akt der reinen Verwaltungsthätigkeit aufzufassen, zumal es sich hiebei nicht um bestehende mit einander in Streit gerathende Rechte, sondern vielmehr um ein erst auf den Grund der zu ermittelnden faktischen Verhältnisse zu schaffendes Recht handelt.

§. 5.

Bei Streitigkeiten über einzelne Rechte, welche als Ausfluß des Bürgerrechts anzusehen sind, ist zunächst in das Auge zu fassen, ob das einzelne Recht selbst überhaupt Gegenstand des Streites ist, oder nicht. Dieser Unterschied tritt am Entschiedensten bei der Beurtheilung der Frage hervor, ob Ausweisungen überhaupt oder wenigstens alsdann unter das Gesetz zu stellen seyen, wenn wie dieß in dem Art. 11 des Bürgerrechtsgesetzes vorgesehen ist, einem Staatsbürger der Aufenthalt in einer Gemeinde auf die Einsprache des Gemeinderaths versagt werden muß. In einem solchen Falle ist nicht das Aufenthaltsrecht des Staatsbürgers an sich Gegenstand des Streits. Dieses ist vielmehr von dem Augenblick an un-

Digitized by Google

bestritten, in welchem seine Eigenschaft als Staatsbürger fest steht. Wird in einem Ausweisungsfalle freilich darüber gestritten, ob der Auszuweisende oder Ausgewiesene als Staatsbürger anzusehen sey, ist sein Staats- und Gemeinderecht streitig, so handelt es sich nicht blos um einen Streit über die Ausweisung, sondern um einen Streit über das Vorhandenseyn eines Bürgerrechts und daß dieser letztere Streit dem Gebiet der Verwaltungsjustiz anheimfalle, daß hier eine förmliche Verwaltungsjustizsache vorliegt, ist nach dem Ausgeführten außer Zweifel. Von diesem Falle jedoch abgesehen, der kein Streit über eine Ausweisung, sondern ein Streit über ein Bürgerrecht ist, handelt es sich bei Streitigkeiten über eine Ausweisung als solchen lediglich um die Frage, ob gesetzliche oder polizeiliche Gründe für eine solche vorliegen. Diesen Gründen gegenüber kommt das Aufenthaltsrecht der Staatsbürger als solcher nicht weiter in Betracht. Kann eine Ausweisung an sich als nichts Anderes, denn als eine polizeiliche Maßregel angesehen werden, so spricht schon dieses Moment entschieden gegen die Verweisung der über eine solche entstehenden Streitigkeiten oder Beschwerdesachen in das Gebiet der Verwaltungsjustiz. Noch entschiedener stellt sich dies aber dann heraus, wenn man die Bestimmungen des Gesetzes über die Rechtskraft der Verwaltungsjustizerkenntnisse (Art. 15) auf eine Ausweisungsverfügung anwenden wollte. Hier könnte gerade wie bei der Aufnahme in das Bürgerrecht alsdann der Fall eintreten, daß eine eingetretene Veränderung in den faktischen Verhältnissen, nachdem die Verfügung die Rechtskraft beschritten hat, gar nicht berücksichtigt werden könnte, indem sie weder eine neu aufgefundene Thatsache noch ein neu aufgefundenes Beweismittel ist. Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, daß die Ausweisung auf eine Einsprache des Gemeinderaths in dem Falle erfolgte, wenn einer der gesetzlichen Gründe der Art. 11 und 19 des Bürgerrechts-

Digitized by Google

geſetzes vorlag; denn es ſcheint uns wirklich gegründet, daß das der Gemeindebehörde in dem Geſetze eingeräumte Recht, derſelben nicht gegenüber von dem Auszuweiſenden, ſondern gegenüber der Polizeibehörde zuſteht. Der Gemeinderath hat ein Recht, von der Polizeibehörde zu verlangen, daß ſie den im Falle des Art. 11 des Bürgerrechtsgeſetzes Befindlichen ausweist. Hiefür ſpricht ſchon die Faſſung des Art. 11. Nachdem derſelbe in dem erſten Abſatz ausgeſprochen hat, daß einem Staatsbürger der Aufenthalt aus polizeilichen Gründen durch die zuſtändige Regierungsbehörde verſagt werden könne, ſagt der zweite Abſatz: „Verſagt aber muß der Aufenthalt auf Einſprache des Gemeinderathes werden.“ Von wem muß der Aufenthalt verſagt werden? Offenbar von der Regierungsbehörde. Das Recht der Gemeindebehörde iſt daher ſchon nach der Faſſung des Geſetzes direkt gegen die Regierungsbehörde, welche demſelben Folge geben muß, gerichtet. Weiter ſpricht aber gegen die Unterſtellung eines Rechtsverhältniſſes der Gemeinde zu dem Auszuweiſenden die Erwägung, daß überall in einem ſolchen Falle nicht das Aufenthaltsrecht des Staatsbürgers als ſolches auf der einen und das Recht der Gemeindebehörde, die Ausweiſung zu verlangen, auf der andern Seite Gegenſtand des Streites iſt, daß vielmehr der ganze Streit ſich lediglich um die Frage dreht, ob geſetzliche oder polizeiliche Gründe der Ausweiſung vorliegen. Die beiden ſogenannten Parteien ſtehen in einem ſolchen Falle in keinem Rechtsverhältniſſe; denn es gibt keine Rechtspflicht ſich ausweiſen zu laſſen, ſondern nur eine Pflicht, dem obrigkeitlichen Befehl der Ausweiſung Folge zu leiſten. Dieſe Pflicht liegt dem Einzelnen gegenüber der Behörde ob, die den Befehl innerhalb der Grenzen ihrer Zuſtändigkeit ertheilt hat, nicht aber hat der Einzelne dieſe Pflicht gegen die Gemeinde, welche ſeine Ausweiſung verlangt hat. Die Statuirung eines auf ein Rechtsverhältniß ſich gründenden Parteienverhältniſſes zwiſchen der Gemeinde und dem

Digitized by Google

Auszuweisenden entbehrt daher der erforderlichen Basis. Die Polizeibehörde ist daher bei der Frage über eine Ausweisung auch in dem Falle, wenn die Gemeinde ein Recht hat, die Ausweisung zu verlangen nicht als Richter, sondern als Polizeibehörde thätig, sie übt eine polizeiliche, keine richterliche Funktion, es lassen sich daher auch nach allen diesen Erwägungen die Verhandlungen und Beschwerdesachen über dieselbe nicht unter das Gesetz vom 13. November 1855 stellen.

Die gegentheilige Ansicht, welche v. Pfaff[6] ausgesprochen hat, gründet sich theils auf die oben gewürdigte weitere Ausdehnung, welche dem Gesetz gegeben wird, die sich jedoch mit dem Art. 15 desselben kaum in Einklang setzen lassen dürfte, theils beruht sie auf der Unterstellung eines Rechtsverhältnisses zu der Gemeinde und dem Auszuweisenden, das sich wohl nicht statuiren lassen dürfte.

Außer dem Aufenthaltsrecht, über welches wir in Verbindung mit der Ausweisung uns auszusprechen hatten, führt das Bürgerrechtsgesetz als aus dem Bürgerrecht fließende Rechte noch weiter das Recht der Armenunterstützung, die Theilnahme an den Gemeindenutzungen, die Wahl- und Wählbarkeitsrechte (Art. 2 und 3) auf. Es ist jedoch hieher auch noch das Recht der Verehelichung insofern zu zählen, als der Art. 5 des Gesetzes den Besitz eines Gemeindebürgerrechts als nothwendige Bedingung der Verehelichung fordert. Zu einem näheren Eingehen auf die letztere fordert das Gesetz um so mehr auf, als der Schlußsatz desselben unter anderen Gesetzen, auf welche dasselbe Anwendung finden soll, auch das die Verehelichung der Staatsbürger normirende Gesetz vom 5. Mai 1852 ausdrücklich aufführt, und Jedem, der mit dem Administrativverfahren zu thun hat, bekannt ist, wie häufig Streitigkeiten aus diesem Anlaß entstehen. Es könnte hier wie bei der Frage von der Zwangsübersiedlung schei-

[6] a. a. O. S. 82 ff.

Digitized by Google

nen, daß die Unterstellung dieser Streitigkeiten unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 schon durch die Aufführung desselben in dem Art. 18 des Gesetzes gegeben sey. Wir haben aber schon oben gesehen, daß dieß für einen Theil desselben Gesetzes — für die Zwangsübersiedlung nicht zutrifft, daß die Streitigkeiten hierüber vollends durch die Unmöglichkeit der Anwendung des Art. 15 des Gesetzes von der Unterstellung unter das Gesetz ausgeschlossen seyen. Aus den Worten des Art. 18 läßt sich auch in der That nicht entnehmen, daß derselbe die aus den dort angeführten Gesetzen sich ergebenden Streitigkeiten zu Verwaltungsjustizsachen im Sinne des Art. 1 des Gesetzes stempeln wollte; derselbe wollte seinem wörtlichen Inhalt nach nur die Anwendbarkeit des Ganzen auf diejenigen Fälle sichern, welche etwa demselben sollten unterstellt werden können: im Uebrigen aber die Rekursformalien und Fatalien dieser Spezialgrenze aufrecht erhalten wissen. Aus der Anführung des Gesetzes vom 5. Mai 1852 läßt sich daher weder für, noch gegen die Anwendbarkeit des Gesetzes vom 13. November 1855 auf diese Streitigkeiten ein Schluß ziehen und die Anwendbarkeit desselben wird unbedingt bezweifelt werden müssen, wenn dieselbe mit der ganzen Haltung des Gesetzes selbst unvereinbar ist. Dieß ist denn auch nach unserer Ansicht in der That da der Fall, wo es sich um einen Streit darüber handelt, ob die Voraussetzungen des Gesetzes vom 5. Mai 1852 wegen der Gestattung der Verehelichung vorhanden sind, und aus den gleichen Gründen, aus welchen es nach unserer Ansicht unzulässig ist, einen Streit über die Voraussetzungen der Zwangsübersiedlung dem Gesetz vom 13. November 1855 zu unterstellen, dürfte dieses auch bei Streitigkeiten über die Verehelichung unzulässig seyn. Auch in diesen Fällen ist nämlich eine Aenderung des ganzen Sachverhaltes im Laufe der Verhandlung oder nach definitiver Erledigung des Streits möglich, und es wäre ganz abnorm, die Abänderung

Digitized by Google

einer ergangenen Entschließung, welche mit der eingetretenen Veränderung in direktem Widerspruch stehen würde, nur im Wege einer nach dem Gesetze überdieß formell nicht einmal zulässigen Restitution für statthaft zu erklären.

§. 6.

Streitigkeiten über Armenunterstützungen kommen seltener in der Form zur Erörterung, wenigstens vor die höheren Instanzen, daß ein Einzelner seiner Heimathgemeinde gegenüber den Anspruch auf die Unterstützung geltend macht. Sofern das Bürgerrecht nicht selbst Gegenstand des Streits ist, in welchem nach der gegebenen Ausführung die Anwendung des Gesetzes vom 13. November 1855 außer Zweifel ist, sind Streitigkeiten über das Vorhandenseyn der erforderlichen thatsächlichen Voraussetzungen für die Armenunterstützung wie über die Art der Unterstützung nicht unter das Gesetz zu stellen. Es handelt sich hiebei lediglich um die Subsumirung von thatsächlichen Verhältnissen, welche alsobald der Fluktuation unterliegen, unter das Gesetz, und ein Rechtsstreit, bei welchem eine Entscheidung mit formeller Rechtskraft möglich wäre, ist hier wohl nicht denkbar. Häufiger kommen diese Streitigkeiten in den höheren Instanzen wenigstens in der Form vor, daß von der Heimathgemeinde der Ersatz des auf einen ihrer Angehörigen gemachten Aufwands in Anspruch genommen wird. Hier liegt ein förmlicher Rechtsanspruch vor. Es ist die negotiorum gestio, unter deren Titel Ersatz von der Heimathgemeinde verlangt wird, und sofern der negotiorum gestor die Nothwendigkeit des gemachten Aufwandes darzuthun hat, ist damit selbstverständlich auch gegeben, daß das Vorhandenseyn der thatsächlichen Erfordernisse der Armenunterstützung, wie die Art und der Umfang der gereichten Unterstützung Gegenstand einer förmlichen, nach allen seinen Theilen unter das Gesetz vom 13. November 1855 fallenden Strei-

Digitized by Google

tes werden kann. Die Anwendung des Gesetzes auf diese Fälle kann daher wohl keinem Zweifel unterliegen, der Grund davon liegt aber wesentlich darin, daß die Frage unter dem Titel der neg. gestio zur Erörterung zu bringen ist, nicht in der Natur und Beschaffenheit der Frage als solcher.

Streitigkeiten über die Bürgernutzungen entstehen vorzugsweise darüber, wer zum Eintritt in den Genuß derselben berufen ist. Die Unterstellung dieser Streitigkeiten unter das Gesetz dürfte keinem Bedenken unterliegen. Der Anspruch und das Beweisthema des Prätendenten gegenüber der Gemeinde oder den Eingesetzten geht lediglich dahin, sein *näheres* Recht zum Eintritt in die Bürgernutzung darzuthun, es ist hier ein Streit um ein bereits eingetretenes, nicht ein erst zu schaffendes Recht. Die Anwendung des Gesetzes vom 13. November 1855 dürfte daher keinem Anstand unterliegen, da der Gemeinderath den Eintritt in das Recht nicht nach *seinem Ermessen*, sondern, soweit nicht alle in gleicher Weise Theil nehmen können, nach einer rechtsverbindlichen Reihenfolge zu verfügen hat. Es liegt hier ein der Successionsordnung bei einer Erbschaft analoges Rechtsverhältniß vor. Derjenige, welcher die Einsetzung in den Genuß der bürgerlichen Nutzungen beansprucht, hat — der Gemeinde gegenüber, die ihm die Einsetzung verweigert, darzuthun, daß ihm nach der festgesetzten Ordnung das nächste Recht auf die Einsetzung in den Genuß anstehe, der Streit ist ein ganz analoger, wie bei einem Erbschaftsprozesse auf den Grund der Intestaterbfolge. An dem Vorhandenseyn eines Parteienverhältnisses in civilprozessualischem Sinne, wie an der Möglichkeit, die ergangene Entscheidung nur im Wege des Rechtsstreites anzufechten, kann daher hier wohl nicht gezweifelt werden. Die Geltendmachung des Anspruchs kann aber nur der Gemeinde, nicht dem ungebührlich Eingesetzten gegenüber erfolgen, da der Prätendent zu Letzterer in keinem

Digitized by Google

Rechtsverhältniß steht, und der Gemeinde bleibt überlassen, von dem ungebührlich Eingesetzten das indebite Geleistete zurückzufordern.

Streitigkeiten über die Wahl- und Wählbarkeitsrechte können in der doppelten Richtung entstehen; ob die Rechte überhaupt vorhanden sind, d. h. ob dem Prätendenten diejenigen Eigenschaften zukommen, welche das Recht begründen, oder ob die an sich vorhandenen Rechte nicht wieder verloren gegangen sind. Sie kommen im Ganzen selten vor. Daß es sich hiebei um wirkliche Rechte handelt, über die zu entscheiden, wird sich nicht bezweifeln lassen, in der Regel aber wird ein wahres Parteienverhältniß fehlen; denn dadurch, daß der Gemeinderath, der in erster Instanz entscheidet, den Anspruch ablehnt, wird er nicht zur Partei. Sobald aber ein Parteienverhältniß ohne Zwang sich herstellen läßt, wird die Anwendung des Gesetzes sich nicht bezweifeln lassen.

§. 7.

Daß durch die Allegation des Gesetzes vom 5. Mai 1852 in dem Art. 18 des Gesetzes die Streitigkeiten über die Verehelichung eines Gemeindegenossen nicht ipso jure dem Gesetz unterstellt werden wollten, haben wir oben zu zeigen versucht, es erübrigt daher hier nur noch die Natur dieser Streitigkeiten nach der Seite genauer zu würdigen, ob dieselben nach dem für richtig gehaltenen Kriterium für eine Administrativjustizsache im Sinne des Gesetzes erklärt werden können. Daß der Gemeinderath bei der Frage der Verehlichung eines Gemeindegenossen an sich als Partei betrachtet werden könne, dürfte sich nicht bezweifeln lassen. Nach dem Bürgerrechtsgesetze, wie nach dem Gesetze vom 5. Mai 1852 steht ihm unter den gesetzlich normirten Voraussetzungen das Recht der Einsprache gegen die Verehlichung eines Gemeindegenossen zu, und der Gemeinderath, welcher von seinem Einsprachecrecht gegen einen Ehestandskandidaten seiner Gemeinde,

Digitized by Google

sey es auf den Grund des mangelnden Nahrungsstandes, sey es auf den Grund des schlechten Prädikats, Gebrauch macht, könnte ohne Anstand als Gegenpartei angesehen werden; auch ist keine Gefahr vorhanden, daß es je in einem einzelnen Falle an einer Gegenpartei fehlen sollte. Entweder erhebt der Gemeinderath Einsprache, und verfolgt sie, soweit der Instanzenzug reicht, dann ist er bei dem Streite Partei oder er erhebt oder verfolgt seine Einsprache nicht, dann fehlt es an einem zu entscheidenden Streite; ein Eintreten einer dritten Behörde von Amtswegen, das bei andern Fällen z. B. bei den Ausweisungen das Vorhandenseyn einer Partei stören könnte, ist hier undenkbar. Von dieser Seite stünde daher der Subsumtion dieser Streitigkeiten unter das Gesetz kein Hinderniß im Wege. Gleichwohl nehmen wir Anstand, uns für die Bejahung dieser Frage auszusprechen. Einmal steht die Art und Weise, in welcher das Gesetz sich selbst hierüber ausspricht, nach unserer Ansicht der Unterstellung der Verehelichungsfälle unter das Gesetz im Wege. Sowohl das Bürgerrechtsgesetz Art. 42, als das Gesetz vom 5. Mai 1852, Art. 1, legen jedem Gemeindebürger die Verpflichtung auf, sich vor seiner Verehelichung der Gemeinde gegenüber über einen genügenden Nahrungsstand auszuweisen. Wer daher in diesem Falle sich befindet, genügt zunächst nur der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht und die Gemeindebehörde kognoszirt zunächst nur darüber, ob er den ihm nach dem Gesetz obliegenden Nachweis geliefert habe. Eine derartige Kognition hat aber an sich mit einer Parteienstellung auch dann nichts gemein, wenn der Gemeindebehörde für den Fall eines seinen Beschluß abändernden Rekursbescheides ein eigenes Beschwerderecht eingeräumt ist, wie dieß in allen Bürgerrechtsstreitigkeiten der Fall ist. Das Haupthinderniß für die Subsumtion dieser Fälle unter das Gesetz bildet uns aber auch hier wieder der Art. 13 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 und die hiedurch ausgesprochene formelle Rechtskraft des Ur-

Digitized by Google

theils. Es liegt bei einem zu gebenden Nachweise in der Natur der Sache, daß der Beweis, der bis nach erfolgter (rechtskräftiger) Entscheidung von dem Ehestandskandidaten nicht genügend geliefert werden konnte, von demselben sehr wohl in Folge eingetretener veränderter Umstände möglicher Weise unmittelbar nach der Fällung des Enderkenntnisses geliefert werden kann. Ist es bei einem Prozesse über vorhandene Rechte ganz am Platze, daß hier eine nochmalige Verhandlung desselben Rechtsstreits im Wege der Restitution nur in Folge neu aufgefundener Beweismittel, oder neu aufgefundener, nicht aber neu eingetretener Thatsachen möglich ist, so paßt der aus dem letzteren Grunde dieser Rechtsmittel nicht auf den letzteren Fall, und so glauben wir uns trotz der Allegation des Gesetzes vom 5. Mai 1852 in dem Art. 18 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 im Allmeinen gegen die Subsumtion der Verehelichungsstreitigkeiten unter das letztere Gesetz aussprechen zu sollen. Wollte man dem entgegenhalten, daß auch bei einem Civilprozesse der Fall vorkommen könne, daß der, dem das Recht durch rechtskräftiges Erkenntniß abgesprochen wurde, dasselbe abgesprochene Recht nachträglich erwerben könne und daß ihm alsdann auch die Befugniß zustehe, sich durch eine neue Klage und nicht im Wege der Restitution gegen einen Angriff des Rechtes zu schützen, so glauben wir dann mit Grund entgegenhalten zu können, daß diese Einwendnng keine passende Analogie für den vorliegenden Fall biete. Denn der, welcher z. B. durch eine Erbschaft nachher in den Besitz des ihm seither zur Verehelichung gefehlt habenden Vermögens gekommen ist, erwirbt hiemit nicht ein ihm seither nicht zugestandenes Recht, sondern kommt nur nachträglich in die Lage, den ihm obliegenden Nachweis jetzt besser führen zu können, als dieß vorher der Fall war. Der Streit und das Beweisthema ist in dem letzteren Fall ganz das gleiche und der Zeitpunkt der Erwerbung ist hiefür ganz gleichgiltig, bei dem

Digitized by Google

Prozesse aber, der auf den Grund der neuen Erwerbung des Rechtes nun erhoben wird, ist der Streit ein anderer.

§. 8.

Bieten nun schon die Bestimmungen des Bürgerrechtsgesetzes und die aus demselben fließenden Rechte, sowie die an dasselbe sich anschließenden Streitigkeiten eigenthümliche Schwierigkeiten für die Handhabung des Gesetzes vom 13. Novemb. 1855 reichen Stoff zu Controversen, so ist dieß bei dem Gewerbegesetz nicht minder der Fall. Für die praktische Handhabung des Gesetzes besteht eine Hauptschwierigkeit darin, daß dieselbe Frage das einemal von der Behörde in der Handhabung ihrer gewerbepolizeilichen Pflichten aufgegriffen und gegenüber von einem Contravenienten, der seine Gewerbebefugnisse übertritt und in die Gewerbebefugnisse eines anderen Gewerbes eingreift, ohne Anrufen oder Theilnahme der benachtheiligten Gewerbe zur Erörterung oder Entscheidung gebracht werden kann, während in einem anderen Falle die betheiligten Gewerbe auf die Einstellung desselben unbefugten Gewerbebetriebs durch einen Anderen klagen. Ist ja doch der Fall wirklich vorgekommen, daß ein Oberamt bei einer Zunftverhandlung von einem unbefugten Verkaufe von Talglichtern durch Sailer Kenntniß bekam, wegen der Ueberschreitung der Gewerbebefugnisse einschritt, die Streitfrage zu Gunsten der Sailer in Anwendung des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 entschied, die Sportel aber den obsiegenden Sailern zuschied, weil keine Gegenpartei vorhanden war, die sich über den unterstellten Eingriff der Sailer beschwert hatte. Daß in einem solchen Falle, in dem Falle eines Einschreitens von Amtswegen in Ermanglung jeden Parteienverhältnisses von einer Anwendung des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 nicht die Rede seyn kann, dürfte wohl keinen Zweifel leiden. Es scheint aber, daß die Bezirksbehörden

Digitized by Google

wohl besser daran thun würden, in solchen Fällen überhaupt zunächst die betheiligten Gewerbe zur Erklärung aufzufordern, ob sie eine Einschreitung in Anspruch nehmen, indessen werden diese Fragen mit der Aufhebung der Arbeitsgrenzen für die einzelnen Gewerbe und der Einführung einer geordneten Gewerbefreiheit in den Hintergrund treten. Ebensowenig wird sich bezweifeln lassen, daß ein Streit mehrerer Bewerber um die Ertheilung einer gewerblichen Konzession nicht unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 fällt. Von einem Parteienverhältniß zwischen den einzelnen Bewerbern ist keine Rede, und ebensowenig von einem auf ein Recht sich gründenden Anspruch. Die Behörde gibt in einem solchen Fall keine Entscheidung im richterlichen Sinne, sondern trifft eine Auswahl unter den Bewerbern, und eine Beschwerde gegen die von ihr getroffene Wahl von Seite eines übergangenen Bewerbers kann nicht als die Verfolgung eines selbstständigen Beschwerderechts, sondern lediglich unter dem Gesichtspunkt einer Denunciation aufgefaßt werden. Anders verhält es sich mit den Einsprachen gegen eine Konzession, soweit sich dieselben auf die Geltendmachung eines der Konzession entgegenstehenden Rechtes stützen. Daß andere Einsprachen, wie z. B. die Benachtheiligung der bestehenden Konzession hinsichtlich des Absatzbezirks u. dergl., nicht unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 im Streitfalle fallen, ist für sich klar. Selbstverständlich sind Einsprachen aus privatrechtlichen Gründen vor den Civilrichter zu verweisen, wogegen für Einsprachen, die der Gegner des Konzessionskandidaten aus dem öffentlichen Rechte als ein Recht für die Nichtertheilung oder die Beschränkung der nachgesuchten Konzession oder eine Modifikation derselben, oder der Art und Weise ihrer Ausführung geltend zu machen vermag, die Administrativbehörde zuständig ist. Bei sonstigen Streitigkeiten aus dem Gebiete der Gewerbegesetzgebung wäre zunächst auf die Bestimmungen der Gewerbeordnung

Digitized by Google

näher einzugehen, und die Stellung, welche die Behörde dabei einnimmt, sowie die Rollen, welche die streitenden Theile unter sich spielen, in's Auge zu fassen. Wir glauben aber eine nähere Erörterung hierüber einer späteren Zeit vorbehalten zu sollen, nachdem die von uns nach Maßgabe der Gewerbeordnung von 1836 bereits gefertigt gewesene Auseinandersetzung durch das neue Gewerbegesetz ihre praktische Bedeutung verloren hat, und wenden uns zunächst zu einigen hiemit verwandten Streitigkeiten, nämlich den Streitigkeiten über den Nachdruck, über Patente und über Mühl- und Wasserbauwesen.[7]

§. 9.

Daß Streitigkeiten über einen Nachdruck unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 zu stellen sind, dürfte sich nicht bezweifeln lassen. Nach dem in dieser Beziehung etwas eigenthümlichen Zustand der württembergischen Gesetzgebung liegt sogar in demselben selbst hiefür ein besonderes Moment. Unsere Nachdrucksgesetzgebung stützt sich nämlich, was den positiven Schutz des Eigenthums betrifft, darauf, daß in Folge der Anerkennung des Rechts des geistigen Eigenthums jeder Schriftsteller oder Verleger so anzusehen sey, als habe er durch das Gesetz ein Privilegium gegen den Nachdruck erhalten, und so sind die Bestimmungen über die Privilegien für den Nachdruck, wie sie in dem K. Reskript vom 25. Februar 1815, Punkt 5—7 gegeben sind, für den Begriff des geistigen Eigenthums heute noch maßgebend. Da sonach

[7] Je weniger die einzelnen auf dem Gebiet der Administrativjustiz vorkommenden Streitigkeiten bis jetzt Gegenstand der Literatur geworden sind, um so mehr haben wir geglaubt, der Sache selbst einen Dienst zu erweisen, wenn wir in einem besonderen Abschnitte eine Zusammenstellung einzelner Fälle geben, welche nach dieser und jener Seite ein Interesse darbieten. Wir werden nicht verfehlen, auch den noch folgenden Auseinandersetzungen eine Zusammenstellung einzelner Fälle beizugeben.

Digitized by Google

Jeder, der eine Nachdrucksklage erhebt, hiemit ein gesetzlich ihm zustehendes Privilegium verfolgt, so wäre schon von diesem Gesichtspunkt aus die Unterstellung des hierüber entstehenden Streits unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 begründet; allein es ist dieß nicht minder nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Fall. Wer eine Nachdrucksklage erhebt, ruft nicht bloß den allgemeinen gesetzlichen Schutz an, sondern macht sein spezielles Eigenthumsrecht gegen einen Eingriff in dasselbe geltend. Er verfolgt hiemit ein ihm zustehendes Recht, nicht bloß ein Interesse. So lange die Entscheidung der Streitigkeiten darüber, ob etwas als Nachdruck anzusehen sey, den Verwaltungsbehörden zugewiesen ist, sind sie hiernach unzweifelhaft — womit auch die Praxis übereinstimmt — nach Maßgabe des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 um so mehr zu behandeln, als in der Regel ein Verfahren von Amtswegen bei denselben nicht eintritt, obgleich ein solches durch die bestehende Gesetzgebung wenigstens nach der Seite der Unterdrückung des gesetzwidrigen Nachdrucks, nicht aber nach der Seite des Ersatzes an den rechtmäßigen Eigenthümer nicht ausgeschlossen ist.

Dieselben Grundsätze gelten auch für die Klagen auf Nichtigerklärung eines Patents oder auf Schutz in demselben. Der Patentirte ruft hier ein ihm gerade durch das Patent verliehenes besonderes Recht an, dessen rechtliches Bestehen gerade das Gegentheil bestreitet. Es ist daher hier ein Streit nicht um ein bloßes Interesse oder um die Anwendung einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung, sondern um ein vorhandenes Recht vorhanden, weßhalb die Anwendung des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 auf diese Streitigkeiten keinem Anstand unterliegen kann.

Das Gleiche ist bei den verschiedenen Wasser- und Mühlbaustreitigkeiten dann der Fall, wenn der bereits konzessionirte Wasserwerkbesitzer seine Einwendung gegen ein von einem Anderen beabsichtigtes Wasserbauwesen oder gegen eine Veränderung eines bestehenden Werks

Digitized by Google

darauf stützt, daß durch die beabsichtigte Einrichtung seinem an dem betreffendem Wasser zustehenden Rechte Eintrag geschehe, sey es, daß ihm dadurch das ihm rechtlich zustehende Wasserrecht entzogen oder geschmälert werde, oder daß er in der Benützung des ihm rechtlich zustehenden Betriebs seiner Einrichtung gestört werde. Wie man nämlich auch das Recht dessen, der eine Wasserkraft an einem öffentlichen Bache oder Flusse besitzt, der öffentlichen Gewalt gegenüber auffassen mag, so hat dasselbe Jedem Dritten gegenüber jedenfalls Anspruch auf den rechtlichen Schutz durch die Behörde, und es kann der letzteren keinenfalls zustehen, durch die Verleihung eines neuen Rechts an einen Anderen die bereits bestehenden Rechte hinsichtlich der Benützung des Wassers zu beeinträchtigen. Der Fall ist hier ein ganz anderer gegenüber von dem Falle, wo gegen eine Konzession von einem bereits Konzessionirten deßhalb Einsprache erhoben wird, weil durch die neue Konzession der Umfang des Gewerbebetriebs beeinträchtigt wird. Auf diesen Umfang des Gewerbebetriebs steht keinem Gewerbenden ein Recht zu; so wenig der Gewerbende seit der Aufhebung der Bannrechte und der gewerblichen Ausschließungsrechte den einzelnen Abnehmer seiner Gewerbeerzeugnisse rechtlich nöthigen kann, dieselben von ihm zu beziehen, so wenig steht ihm ein rechtliches Einsprachecrecht gegen den Betrieb des Gewerbes durch einen Anderen zu. Bei der Kognition über ein Wasserbauwesen wird aber demjenigen, welchem die Erlaubniß hiezu ertheilt wird, jedenfalls Anderen gegenüber ein Recht auf die Benützung der Wasserkraft ertheilt und dieses Recht muß von Jedem geachtet werden, der ein neues Wasserbauwesen an demselben öffentlichen Wasser vornehmen, oder ein bestehendes Wasserwerk verändern will. Das Gleiche gilt aber auch dann, wenn zwei oder mehrere Besitzer bestehender Wasserwerke über den Umfang des ihnen zustehenden Rechts im Streite sind.

Digitized by Google

§. 10.

Wegbaustreitigkeiten kommen bei den Behörden des Departements des Innern in sehr verschiedener Gestalt zur Erörterung, indem es sich bald um das Recht zur Benützung eines bestehenden Wegs, bald um die Pflicht zur Herstellung eines Weges handelt. Nicht minder kamen schon Streitigkeiten darüber vor, ob und inwieweit den Gemeindebehörden das Recht zustehe, bestehende Wege abzustellen, und den Verkehr auf einen anderen Weg zu verweisen. Letztere Streitigkeiten werden insbesondere bei Fußwegen häufig vorkommen, da hier die Interessen der Gutsbesitzer und der Fußgänger sich diametral gegenüberstehen und ein solcher Fußweg für den Besitzer des Grundstücks deßhalb keine geringe Last ist, weil der Mißbrauch des Rechts in der Regel eine ungebührliche Ausdehnung und mannigfachen Schaden für den Besitzer mit sich bringt. Die Darstellung der Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Frage, ob und welche der hierüber entstehenden Streitigkeiten unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 zu stellen seyen, bietet eben wegen der Vielgestaltigkeit, unter welcher diese Streitigkeiten vorkommen, einige Schwierigkeit dar. Insbesondere kommt es nicht selten vor, daß ein Parteienverhältniß vom Anfang gar nicht existirt, sondern sich erst im Laufe der Verhandlungen oft erst in den Rekursinstanzen ausbildet. Die Oberämter sind bekanntlich verpflichtet, auf den Zustand der in ihrem Bezirk vorhandenen öffentlichen Wege von Amtswegen ihr Augenmerk zu richten. Zur Erfüllung dieser Aufgabe finden in der Regel Visitationen der in dem Bezirk vorhandenen Wege durch den Oberamtswegmeister statt, der über seinen Visitationserfund seine Aufzeichnungen macht und dieselben dem Oberamt übergibt, das hierauf die erforderlichen Verfügungen zur Abstellung der gefundenen Gebrechen trifft. An diese schließen sich die meisten Streitigkeiten über Wege an. Soweit der Wegbaupflichtige unter Anerkennung seiner

Digitized by Google

Verbindlichkeit bloß den behaupteten Erfund bestreitet, oder die Beseitigung der Gebrechen unter Widerspruch des Oberamtswegmeisters behauptet, kann begreiflicherweise von einem Rechtsstreit und einem Parteienverhältniß keine Rede seyn. Es kann aber auch hier die Behauptung aufgestellt werden, daß der Weg kein öffentlicher, sondern ein bloßer Privatweg sey, oder daß die Richtung des Wegs nicht die von dem Wegmeister angenommene, sondern eine andere sey. In diesem Fall ist das Oberamt verpflichtet, die Eigenschaft des Weges und die hieran sich knüpfenden Frage der Wegbaulast von Amtswegen zu untersuchen, und nach Maßgabe des Ergebnisses dieser Untersuchung eine Verfügung wegen der Verbindlichkeit zur Herstellung des Weges zu treffen, ohne daß in seiner Instanz die Frage zur Erörterung gebracht wird, ob einem Anderen eine Verbindlichkeit obliegt. Oft erst in der Rekursinstanz wird sodann die Behauptung aufgestellt, daß der berechtigte öffentliche Weg eine andere Richtung habe, und auf der Markung einer benachbarten Gemeinde sich befinde. Nun erst ist ein Parteienverhältniß vorhanden, und es kann die Frage entstehen, ob der Streit unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 zu stellen sey. Unseres Erachtens sollte in einem solchen Falle die Verhandlung stets wieder in die erste Instanz zurückgewiesen werden; denn das Oberamt, das die Frage nicht in der Form eines Streites von zwei gegenüberstehenden Parteien verhandelt, hat mit seiner früheren Verfügung kein Erkenntniß in einer Administrativjustizsache gefällt, sondern lediglich eine Administrativverfügung getroffen, welche schon deßhalb keiner Rechtskraft fähig ist, weil kein Parteienverhältniß vorhanden war, als es sich über die Sache aussprach. Es ist uns hier ein Fall im Gedächtniß, der die Nothwendigkeit eines von Anfang an einzuleitenden geregelten Administrativjustizverfahrens in ein klares Licht stellen dürfte. Drei in einem Dreieck gelegene Gemeinden A. B. C. stritten sich schon im An-

Digitized by Google

fange der zwanziger Jahre über die Richtung des Weges von D nach E. Die zuerst von dem Oberamt verurtheilte Gemeinde A wandte sich im Beschwerdeweg an die Kreisregierung, indem sie behauptete, daß der berechtigte Weg von D nach E nicht der Weg auf der Markung von A, sondern ein anderer Weg auf der Markung von B sey. Ohne die Gemeinde B zu hören, wurde dieselbe hierauf auf den Grund von Zeugenaussagen und Dokumenten, welche die Gemeinde A aus ihrer Registratur beigebracht hatte, von der Regierung zur Herstellung des Weges verurtheilt. Die Gemeinde B wandte sich hierauf im Wege der Vorstellung an die Kreisregierung, und brachte Beweismittel dafür bei, daß der berechtigte Weg nicht der auf ihrer Markung befindliche, sondern ein anderer Weg auf der Markung der Gemeinde C sey. Auf den Grund dieser Vorstellung wurde nun in derselben Weise wie vorher die Gemeinde B die Gemeinde C verurtheilt, und das frühere Erkenntniß gegen die Gemeinde B zurückgenommen. Nun kam die Gemeinde C mit einer Vorstellung und dem Nachweise, daß der auf der Markung A befindliche Weg der berechtigte sey. Nun wurde A verurtheilt, A wies aber in einer neuen Vorstellung nach, daß der Weg der Markung B der berechtigte sey, erwirkte hiedurch wieder die Verurtheilung von B, B auf gleiche Weise die von C, und so wechselten die Erkenntnisse der Kreisregierung bis in das Jahr 1846 wie ein Paternoster ab, wo es der zuletzt verurtheilten Gemeinde und den zunächst betheiligten Einwohnern von D und E in den Sinn kam, sich im Wege der Beschwerde an das Ministerium zu wenden, das dann endlich, nachdem der Streit in der angegebenen Weise ungefähr 20 Jahre gedauert hatte, ein geordnetes Verfahren unter den streitenden Theilen und die Möglichkeit eines definitiven rechtlichen Erkenntnisses unter allseitigem Gehör und Beweisverfahren unter sämmtlichen Betheiligten herbeiführte. Wie die drei streitigen Wege während der zwanzigjähri-

Digitized by Google

gen Dauer des Streits beschaffen gewesen seyn mögen, läßt sich denken, die Akten waren allerdings zu einem ordentlichen Berge angewachsen, der wohl ein ziemliches Loch des ruinosen Weges hätte ausfüllen können. — Sobald daher aus Anlaß einer oberamtlichen Verfügung wegen der Verbesserung eines Wegs von Seite der zunächst betheiligten Gemeinde ein Streit über die Verbindlichkeit erhoben wird, sollte schon das Oberamt nähere Erklärung darüber fordern, gegen wen anders die Gemeinde eine Verbindlichkeit geltend zu machen gemeint sey, und insbesondere die bei der betreffenden Wegrichtung zunächst betheiligten Gemeinden zur Erklärung auffordern, welchen Weg sie als den berechtigten anzusprechen gemeint seyen. Auf diesem Wege wird der Streit sogleich von vornen herein in die richtige Lage gebracht, und ein Erkenntniß unter erschöpfender Behandlung des Gegenstands ermöglicht, während das Geschäft doch der Hauptsache nach auch im Falle der Verhandlung in der Rekursinstanz wieder an die Oberämter kommt. Daß aber ein Streit über den berechtigten öffentlichen Weg, der einer Gemeinde für ihren Verkehr zusteht, ein Administrativjustizstreit ist, kann keinen Zweifel leiden, weil der Gebrauch des fraglichen Weges als ein Recht von der betreffenden Gemeinde in Anspruch genommen wird, und demgemäß die baupflichtige Gemeinde in der Erfüllung eines der andern Gemeinde zustehenden Rechtsanspruchs den streitigen Weg zu unterhalten hat. Zweifelhafter könnte man dieß dann finden wollen, wenn nicht die bei dem Gebrauch eines Wegs betheiligten Gemeinden, sondern zwei Gemeinden über einen Weg, der zwei andere Gemeinden als die streitenden verbindet, in der Richtung streiten, ob der Weg über ihre oder über die Markung der anderen streitenden Gemeinde führt, und ob demgemäß der Weg von der einen oder der anderen der streitenden Gemeinden zu unterhalten sey. Setzen wir den Fall: Der Weg, der die Gemeinden A und B verbindet, führt an der

Digitized by Google

Grenze der an einander stoßenden Markungen der Gemeinden C und D auf eine bestimmte Strecke hin, nun behauptet die zunächst in Folge der Visitation in Anspruch genommene Gemeinde C der Weg gehöre der Gemeinde D, sey es, daß sie geltend macht, daß bei unentschiedener Wegrichtung (z. B. über Haideland) die berechtigte Wegrichtung auf der Markung der Gemeinde D hinziehe, oder daß sie behauptet, der Weg gehöre zu der Markung der Gemeinde D. Die Gemeinden A und B über den Streit und im Falle der bestrittenen Wegrichtung über diejenige Wegrichtung befragt, die sie in Anspruch nehmen wollen, erklären, daß ihnen die eine Richtung so lieb sey, wie die andere, und daß sie daher den Gemeinden C und D überlassen, den Streit unter sich auszumachen. Von einem Administrativjustizstreit kann hier aus dem Grunde nicht die Rede seyn, weil von Seite der Gemeinde A oder B eine berechtigte Wegrichtung in Anspruch genommen wird, denn weder A noch B erheben einen Anspruch auf die eine oder die andere Wegrichtung, ebenso wenig erhebt die Gemeinde C oder D für sich, d. h. zu ihrem Gebrauch den Anspruch auf die eine oder die andere Wegrichtung, dagegen erscheint die Unterstellung des Streits unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 aus einem anderen Grund als gerechtfertigt. Es liegt hier ein der actio negatoria bei Wegeservituten analoges Verhältniß vor. Daß die Wegbaulast besteht, ist unbestritten, es handelt sich nur darum, ob C oder D verbunden sind die Wegbaulast zu tragen, und insofern die beiden streitenden Theile über die Freiheit ihrer Markung von der Baulast streiten, und C die Baulast an D, D aber dieselbe an C überweisen will, streiten sie über ein Recht, d. h. das Recht der Freiheit ihrer Gemeinde von der Baulast, welche die andere Gemeinde übernehmen soll. Aus diesem Grunde dürfte die seitherige Praxis, welche diese Streitigkeiten stets dem Gesetze vom 13. Nov. 1855 unterstellt hat, genügend gerechtfertigt seyn.

Digitized by Google

Allein auch innerhalb des Bestehens eines berechtigten öffentlichen Weges kann der Gebrauch desselben Gegenstand eines Administrativjustizstreites werden. Dieß ist insbesondere häufig bei öffentlichen Güterwegen der Fall sey es, daß die Unterhaltung derselben der Gemeinde oder nach einem vielfach bestehenden Herkommen den anstoßenden Güterbesitzern obliegt. Bei öffentlichen Güterwegen gilt als unseres Wissens feststehender Grundsatz, daß ihr Gebrauch jedem Markungsgenossen offen steht, welcher der Güterwege zur Bestellung seiner Felder oder zur Einheimsung des Ertrags aus denselben bedarf; bestritten pflegt aber das Recht des Gebrauchs nicht selten zu werden, wenn ein öffentlicher Güterweg zur Abfuhr von Holz aus einem auf der Markung befindlichen Walde in Anspruch genommen wird, oder wenn auf einem Grundstücke ein Steinbruch eröffnet wird, und nun der Besitzer des Grundstücks sich der öffentlichen Güterwege zur Abfuhr der Steine bedienen will, da in diesen beiden Fällen die Wege mehr und zu andern Zeiten ruinirt werden, als dieß bei der sonstigen Bestellung der Güter der Fall ist. Indessen kann auch in einem dieser Fälle die Unterstellung des Streits unter das Gesetz vom 13. Nov 1855 keinem Zweifel unterliegen. Der Streit dreht sich hiebei um die Frage, ob dem Betreffenden dem zur Unterhaltung des Wegs Verpflichteten gegenüber ein Recht zusteht, den Weg für die von ihm in Anspruch genommene Art seines Gebrauches in Anspruch zu nehmen, es handelt sich hier um einen förmlichen Rechtsanspruch, über den ein der Rechtskraft fähiges Erkenntniß gar wohl möglich ist, und eine bloße Veränderung der Verhältnisse keinen Einfluß äußern kann. Indessen wird allerdings bei der Benützung eines Güterwegs für Abfuhr von Steinen aus einem Steinbruch ein besonderer Rechtsgrund nachgewiesen werden müssen, da die Abfuhr von Steinen nicht zu den Zwecken gehört, für welche Güterwege eingerichtet zu werden pflegen, wogegen die Holzabfuhr zu

Digitized by Google

der ordentlichen Benützungsweise eines Güterwegs für die Markungsgenossen zu rechnen ist, während Nichtmarkungsgenossen einen besonderen Titel zu erweisen haben. Der Verwaltung steht aber auch unzweifelhaft das Recht zu, selbst berechtigte Wege, die für den öffentlichen Verkehr entbehrlich sind oder geworden sind, abzustellen. Es ist hiezu ein Beschluß der bürgerlichen Kollegien und Genehmigung der Staatsbehörde erforderlich, welche letztere von der Nachweisung der Entbehrlichkeit des Weges und seiner Ersetzung durch einen andern Weg abhängt, soweit der abzustellende Weg einem vorhandenen Bedürfnisse entspricht. Aus solchen Beschlüssen entspringen häufig Streitigkeiten, die nicht selten gemischter Natur sind, d. h. theilweise dem Gebiet der Administrativjustiz, theilweise dem Gebiet der Verwaltung angehören, z. B. die Gemeinden A und B von welcher B in A eingepfarrt ist, sind durch eine Straße verbunden, welche in großen Umwegen von B nach A führt. Außerdem führt ein näherer Fußweg von B nach A. Die Straße von B nach A wird korrigirt, und in Folge dieser Korrektion der Fahrweg von B nach A beträchtlich kürzer. A beschließt deßhalb den Fußweg abzustellen. B lehnt sich gegen diesen Beschluß auf, indem es behauptet, daß ihm seit unvordenklicher Zeit das Recht zur Benützung des Weges zustehe, und derselbe deßhalb ohne seine Einwilligung nicht abgestellt werden dürfe, außerdem behauptet es aber, daß der abzustellende Fußweg für den Wandel seiner Gemeindegenossen angenehmer und um mehrere Schuhe näher, auch bequemer und schattiger zu gehen sey, als die staubige Straße. A bestreitet dagegen, daß der angesprochene Fußweg ein berechtigter sey. Derselbe sey vielmehr mißbräuchlich eben dadurch entstanden, daß die Straße früher große Umwege gemacht habe; nachdem aber diese Umwege in Folge der Korrektion der Straße beseitigt seyen, müßte auch der Fußweg jedenfalls, möge er berechtigt seyn oder nicht, fallen. Soweit der hieran sich

Digitized by Google

knüpfende Streit sich um die Frage dreht, ob ein berechtigter Fußweg vorliege, fällt er unzweifelhaft dem Gebiet der Administrativjustiz anheim und ist dem Gesetz vom 13. Nov. 1855 zu unterstellen, insoweit aber der Streit die Frage behandelt, ob der Fußweg nach erfolgter Korrektion der Straße für den öffentlichen Verkehr entbehrlich und deßhalb seine Abstellung gerechtfertigt sey, gehört er in die Sphäre der reinen Verwaltung und hätte mit der Administrativjustiz nur dann etwas zu thun, wenn die Gemeinde B ein besonderes Recht, die Beibehaltung dieses Fußweges unter allen Umständen und selbst im Falle seiner Entbehrlichkeit aufrecht zu halten, nachzuweisen vermöchte. Ein solches besonderes Recht wird in der Regel nicht nachzuweisen seyn. Aus der einfachen Thatsache des Bestehens eines berechtigten Weges, der seit Menschengedenken benützt worden ist, oder selbst als Kirchenweg in den öffentlichen Büchern vorgemerkt ist, folgt dieses Recht noch nicht. So sehr wir nun im Interesse der Vereinfachung der Geschäfte im Allgemeinen dem Grundsatze huldigen, daß die Oberämter in ihrem Interesse handeln, wenn sie sogleich die Verhandlungen in erster Instanz umfassend und erschöpfend zu Ende führen, und zu diesem Zwecke sofort unter Vorladung sämmtlicher Interessenten eine mündliche Verhandlung veranstalten, so ist doch in der Regel bei diesen Streitigkeiten das Verhältniß dann ein anderes, wenn entweder die Frage der Berechtigung des Weges oder die Frage seiner Entbehrlichkeit für den öffentlichen Verkehr leichter und schneller evident gemacht werden kann. In der Regel wird das Letztere der Fall seyn, denn für die Frage der Berechtigung des öffentlichen Weges pflegen neben Urkunden Zeugen in bedeutender Zahl benannt zu werden, während die Frage der Entbehrlichkeit des Weges durch den Augenschein und eine nach Maßgabe desselben aufzunehmende genaue Beschreibung nebst Situationsplan schnell konstatirt ist. Soweit aber der Streit nun lediglich in der Richtung entschieden wird,

Digitized by Google

ob der Weg für den allgemeinen Verkehr entbehrlich sey, und deßhalb abgestellt werden dürfe, bewegt er sich lediglich in der Sphäre der Verwaltung und fällt eben deßhalb nicht unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855. Ebendeßhalb hört auch der Instanzenzug für eine Beschwerde, soweit sie sich lediglich auf diese Frage beschränkt, mit dem Ministerium des Innern auf, weil der Königliche Geheimerath mit Fragen der Verwaltung nichts zu thun, sondern nur über die Frage eine Kognition zu üben hat, ob der Beschwerdeführer durch einen Akt der Verwaltung nicht in einem ihm zustehenden Rechte verletzt werde. Soll daher eine Beschwerde gegen eine Verfügnng des Ministeriums des Innern in dieser Richtung noch Erfolg haben, so muß sie sich auf die Ausführung eines besonderen — nicht des allgemeinen Rechts des Bestehens eines berechtigten Wegs gründen, das auch für den Fall seiner Entbehrlichkeit ein Einspracherecht gegen die Abschaffung des Wegs begründet. Der über dieses Recht sich entspinnende Streit ist alsdann allerdings ein Streit des Verwaltungsrechts und nicht der Verwaltung, und seine Unterstellung unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 ist vollkommen begründet. Eben deßhalb und weil bei dem Königlichen Geheimenrath gegen Akte der reinen Verwaltung nur unter dem Titel der Beeinträchtigung eines Rechts durch den Verwaltungsakt Beschwerde geführt werden kann, kann es vorkommen, daß für die Entscheidung des Königlichen Geheimenraths die Unterstellung derselben unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 und hiemit der Ansatz einer Sportel begründet ist, während eine solche in den früheren Instanzen nicht Statt gefunden hatte.

Streitigkeiten wegen der Uebernahme einer Baulast in Folge eingetretener Veränderung der Verhältnisse sind nach der Praxis inzwischen als Administrativjustizsachen behandelt und unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 gestellt worden. Diese Streitigkeiten kamen vor entweder

Digitized by Google

wegen der Ueberweisung eines seither von dem Staat oder einer Amtskorporation unterhaltenen, in Folge der geringeren Frequenz aber nicht mehr hiezu geeigneten Straßen an die betreffende Gemeinde oder wegen der in Folge des Gesetzes vom 18. Juni 1849 erfolgten Einverleibung seither exemter Güter in die Gemeindemarkung, oder wegen der erfolgten Trennung einer oder mehrerer Gemeindeparzellen von der seitherigen Gesammtgemeinde, oder endlich wegen einer sonstigen Markungsveränderung oder Ausgleichung. In allen diesen Fällen bildet die vorangegangene Veränderung des seitherigen Verbands den Titel für den Rechtsanspruch der Uebernahme der Last, weßhalb ein förmlicher Rechtsstreit von Parteien vorliegt, und die Unterstellung unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 kann deßhalb nicht beanstandet werden.

Zweifelhafter ist dieß hinsichtlich der Frage, ob ein Anspruch auf eine bestimmte Art und Weise der Herstellung eines Weges z. B. mittelst der Chaussirung als ein Administrativjustizstreit oder als ein Streit über eine Verwaltungsfrage anzusehen sey. Nach dem bestehenden Rechte (Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828) ist allerdings der Wegbaupflichtige verpflichtet, den ihm obliegenden Weg in einer Weise herzustellen, die seine beständige Fahrbarkeit insoweit sichert, als sie für die Art des Gebrauchs des Wegs erforderlich ist. Nach unserer Auffassung liegt aber diese Verpflichtung dem Wegbaupflichtigen nicht sowohl gegenüber von den zur Benützung des Wegs in dem einzelnen Fall Berechtigten als vielmehr gegenüber der Aufsichtsbehörde ob. Es scheint uns daher richtiger und der Sache entsprechender zu seyn, die Frage über die Art und Weise der Herstellung des Wegs für eine Frage der Verwaltung und nicht der Verwaltungsjustiz zu erklären. So wenig wir verkennen, daß die Anerkennung eines Rechts auf die Eröffnung eines Wegs auch die Anerkennung eines Rechts auf eine gewisse Art der Herstellung in sich schließen kann, so war es doch

Digitized by Google

wohl nur die Absicht der Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828 mit der Vorschrift der erforderlichenfalls eintretenden Chaussirung eine Norm der Verwaltung und nicht eine Rechtsnorm zu geben, wie denn eine solche auch in der bestehenden Gesetzgebung nicht ohne Weiteres sich begründen ließe. Indessen geben wir zu, daß auch die gegentheilige Ansicht sich mit guten Gründen rechtfertigen läßt und in einem Spezialfall (Nr. 39) ist ein Administrativjustizstreit über die Frage der Chaussirung eines Nachbarschaftswegs angenommen worden.

(Fortsetzung folgt.)

Mittheilungen einzelner Administrativjustizfälle aus der Praxis zu vorstehenden Erörterungen.

A. Bürgerrechtsgesetz.

I. (Entsch. v. 10. Nov. 1856.) Der Kassier N. in St. und Bürger daselbst verehelichte sich im Jahr 1820 mit der in St. nicht bürgerlichen X. Im Jahr 1853 verlangte er ein Zeugniß über das Bürgerrecht seines Sohnes. Aus diesem Anlaß kam der Gemeinderath in St. darauf, daß für die Aufnahme der X. die Bürgeraufnahmegebühr noch nicht bezahlt war, und reklamirte dieselbe. N. verweigerte jedoch die Bezahlung, weil einmal seine Gattin die Erwerbung des Bürgerrechts nicht nöthig gehabt habe, sodann weil die Forderung jedenfalls verjährt sey, überdies aber der Gemeinderath nicht das Recht gehabt habe, die Aufnahme seiner Frau in das Bürgerrecht gegen ihren Willen zu erzwingen. Während das Oberamt sich für die Verbindlichkeit des Kassiers N. zur Bezahlung der Bürgerannahmegebühr aussprach, wies die Kreisregierung den erhobenen Anspruch als verjährt ab. Das Ministerium erkannte jedoch denselben, übrigens unter Vergleichung der Kosten und Sporteln, für begründet und es ging hiebei von folgenden Erwägungen aus:

Digitized by Google

1) Erſt das Bürgerrechtsgeſetz von 1828 Art. 25 (rev. Bürgerrechtsgeſetz Art. 26) ſtellte den Grundſatz auf, daß eine Frau durch ihre Verehelichung von ſelbſt des Bürgerrechts des Ehemannes theilhaftig werde. Dieſer Grundſatz findet auf vor dem Bürgerrechtsgeſetz geſchloſſene Ehen keine Anwendung. (Entſcheidung des Min. des Innern vom 30. März 1829 in S. der Wittwe des Kriegsrathsrevisors M.)

2) Dagegen ſtand ſchon nach dem älteren Recht den Gemeinderäthen die Befugniß zu, bei der Verehelichung eines Ortsbürgers mit einer Ausgeſeſſenen die Einkaufung der letzteren in das Bürgerrecht des Ehemannes zu verlangen, und durch Entſcheidungen des Min. des Innern und des Geheimenraths iſt feſtgeſtellt, daß dieſe Forderung auch an die vor dem Erſcheinen des Bürgerrechtsgeſetzes verehelichten Ortsbürger oder Beiſitzer nachgeholt werden darf, ſoweit derſelbe nicht durch ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Verzicht, oder durch Verjährung ausgeſchloſſen iſt; und es ſteht feſt, daß hiebei ebenſo die üblichen Bürgerannahmegebühren bezahlt werden müſſen.

3) Abgeſehen davon, ob die gewöhnliche Klagenverjährung auf Anſprüche aus dem öffentlichen Recht überhaupt Anwendung findet, könnte gegen die Stadt St. keinenfalls die dreißigjährige, ſondern nur die vierzigjährige Verjährung geltend gemacht werden, welche noch nicht abgelaufen iſt.

II. (Entſch. v. 31. Dez. 1855.) In S. des C. B. von O. gegen die Gemeinde B., OA. G., wurde der Rekurs, welcher die Verehelichung des Rekurrenten mit der N. N. betraf, für unſtatthaft erklärt, weil nach Art. 14 des Geſetzes vom 5. Mai 1852 die Kreisregierung in Verehelichungsſachen endgiltig entſcheidet. In analoger Anwendung des Sporteltarifs von 1828 (Urtheile Ziff. 6) wurde für dieſes Erkenntniß eine Sportel von 1 fl. 30 kr. angeſetzt, in Betracht jedoch, daß das Geſetz vom 13. Nov. 1855 überhaupt nur ein Sportelminimum von 3 fl. kennt,

Digitized by Google

wurde später diese Thesis wieder verlassen. Wegen der gleichzeitig mit dem Rekurse verbundenen Frage der Zwangsaufnahme wurde eine Entscheidung nicht gegeben, weil der für sich selbst vermögenslose Rekurrent die Frage wegen der Zwangsaufnahme überhaupt nur in Verbindung mit der Verehelichung erhoben hatte.

III. (Entsch. v. 18. Febr. 1856.) G. M., Goldarbeiter und Bürger in K., bewarb sich schon im Jahre 1848 um das Bürgerrecht in St., gab aber dieses Vorhaben wieder auf und wanderte mit Weib und Kind nach Amerika aus. Im Dezember 1850 von da zurückgekehrt, erneuerte er im Jahre 1851 sein Gesuch und bat um vorläufige Zusicherung des Gemeindebürgerrechts behufs der Wiedererwerbung des Staatsbürgerrechts. Der Gemeinderath wies ihn ab und das OA. bestätigte die Abweisung, weil M. zwar ein Vermögen von 3099 fl. nachgewiesen, dagegen den Revers des Art. 22 des Bürgerrechtsgesetzes nicht beigebracht habe. Auf hiegegen erhobene Beschwerde erklärte die Kreisregierung die Gemeinde St. für verbunden, den M. sammt seiner Familie in das Bürgerrecht von St. aufzunehmen. In seinem hiergegen eingelegten Rekurse machte der Gemeinderath in St. zwei Briefe aus Amerika geltend, in denen dem M. vorgeworfen wird, daß er in einer Goldfabrik in Amerika, in der er beschäftigt war, bedeutende Quantitäten Gold unterschlagen habe. Das Ministerium gab hierauf dem M. auf, daß er von seinem Dienstherren in Amerika ein von dem Konsul beglaubigtes Zeugniß über seine Aufführung beizubringen habe. M. stand hierauf zunächst von seinem Gesuche ab und ließ sich in K., OA. G., in das Gemeinde- und hierauf in das Staatsbürgerrecht aufnehmen. Im Jahre 1854 erneuerte er sein Gesuch um Aufnahme in das Bürgerrecht von St. und brachte ein von dem Konsul beglaubigtes Zeugniß seines Dienstherrn in Amerika bei, das von der Unterschlagung nichts erwähnt und sich im Allgemeinen über die Geschäftstüchtigkeit des Exhibenten

Digitized by Google

befriedigend aussprach. Das OA. erklärte hierauf die Gemeinde für verbunden, den M. in das Bürgerrecht aufzunehmen. Die Kreisregierung, an welche sich der Gemeinderath in St. wandte, verlangte dagegen weiteren Nachweis über seine Unschuld, und als M. denselben beizubringen verweigerte, wies sie das Aufnahmegesuch unter Abänderung des Erkenntnisses des OA. ab. Das Ministerium erkannte dagegen den Anspruch auf die Aufnahme unter Vergleichung der Kosten und Sporteln für begründet, weil 1) die beiden Privatbriefe, ihren Inhalt als wahr angenommen, nur besagen, daß M. eine Unterschlagung begangen habe, dagegen ausdrücklich bemerken, daß er nicht bestraft worden sey, 2) das Bürgerrechtsgesetz (Art. 19 a. u. b.) die Verurtheilung zur Strafe als Erforderniß eines schlechten Prädikats verlange, wobei dahingestellt bleiben könne, ob ein von einem amerikanischen Gerichte ausgesprochenes Straferkenntniß genügen würde; 3) ein Einschreiten der württ. Gerichte wegen des in den beiden Briefen dem Rekurrenten vorgeworfenen Vergehens um so weniger zu erwarten sey, als abgesehen davon, daß M. damals als Ausländer anzusehen war, eine Anzeige des Beschädigten nicht vorliege.

IV. (Entsch. v. 3. März 1856.) In S. der beiden Parzellen E. und K. der Gemeinde M., OA. H., hatte der Gesammtgemeinderath von M. erkannt, daß der Taglöhner X. der Parzelle E. bürgerlich angehöre und von derselben Unterstützung anzusprechen habe, weil das Bürgeraufnahmegeld, das im Jahre 1829 seiner ersten Ehefrau angesetzt worden war, in die Parzellargemeinderechnung von E. geflossen sey. Diese Entscheidung wurde von dem O.A. bestätigt, die Kreisregierung änderte aber ab und sprach den M., der schon seit 1829 seinen Wohnsitz in der Parzelle K. hat und dort ein kleines Anwesen besitzt, der Parzelle K. auf den Grund des Art. 16 des Gesetzes über die zusammengesetzten Gemeinden zu. Hiegegen beschwerte sich die Parzelle K., sie machte jedoch in ihrer

Digitized by Google

Beschwerdeschrift lediglich geltend, daß M. der Gemeinde M. überhaupt nicht angehöre. Die Beschwerde wurde unter Verfällung der Parzelle K. in Kosten und Sporteln abgewiesen, weil der Parzelle K. ein Einspracherecht gegen die von dem Gesammtgemeinderath in M. in keiner Weise beanstandete Angehörigkeit des M. zu der Gesammtgemeinde M. nicht zustehe.

V. (Entsch. v. 3. März 1856.) Im November 1854 wurde der Goldarbeiter E. H. von St. mit seiner Verlobten M. E. von G. in das Bürgerrecht der Gemeinde S. aufgenommen. Dem Gemeinderath, der bei der Verehelichung Bedenken wegen der Sicherung des Nahrungsstandes hatte, offerirte H. eine Einlage von 50 fl. bei der Oberamtssparkasse in N. als Sicherheit für den Fall einer Armenunterstützung, der Gemeinderath nahm das Anerbieten an und hierauf wurde die Aufnahme in das Bürgerrecht und die Verehelichung zugestanden. Bald darauf bat H. um Freigebung seiner Kaution, weil sein Nahrungsstand genügend gesichert sey und beschwerte sich, als der Gemeinderath das Gesuch abwies, bei dem Oberamt. Dasselbe gab dem Verlangen des H. statt, indem es die Bestellung der Kaution für eine das Genossenschaftsrecht beschränkende und deßhalb nach Art. 16 des Bürgerrechts unzulässige Bedingung erklärte. Auf die von dem Gemeinderath hiegegen erhobene Beschwerde änderte jedoch die Kreisregierung das Erkenntniß des OA. ab, weil in der von dem Kautionssteller freiwillig eingegangenen Kautionsleistung keine sein Genossenschaftsrecht beschränkende Bedingung gefunden werden könne, und auch von dem Ministerium wurde der Bittsteller unter Verfällung in die Kosten und Sporteln aus demselben Grunde mit seinem Gesuch um Ausfolge der Kaution abgewiesen.

VI. (Entsch. v. 14. April 1856.) In S. des Gemeinderaths G. c. den Gemeinderath in U., Anerkennung des Bürgerrechts des J. J. L., kam die Frage wiederholt zur Erörterung, ob die legitimatio per subsequens matrimonium

Digitized by Google

auch vor dem Bürgerrechtsgesetze von 1828 dem unehelich geborenen aber durch die nachfolgende Heirath legitimirten Sohne das Bürgerrecht des Vaters verliehen habe. Obgleich der Referent insbesondere wegen Landrecht IV. 17. §. 1. sich theoretisch für die Bejahung der Frage aussprach, wobei ihm jedoch entgegengehalten wurde, daß die Worte der Stelle des Landrechts: „als auch sonsten in allen anderen Fällen", sich nur auf die Verhältnisse des Privatrechts beziehen, so wurde doch die Frage verneint und der hierauf allein gegründete Rekurs der Gemeinde G. unter Verfällung in die Kosten und Sporteln verworfen, weil 1) die Verhandlnngen über das Bürgerrechtsgesetz unzweifelhaft das Gegentheil ergeben, sofern die Motive zu dem Gesetzesentwurf[8] ausdrücklich sagen, daß der in dem Entwurfe aufgestellte Grundsatz: „daß durch die legitimatio per subsequens matrimonium das legitimirte Kind das Bürgerrecht des Vaters erwerbe", auf die Verhältnisse der Staatsangehörigen zu den Gemeinden nicht angewendet wurde, und die Kommission der Kammer der Abgeordneten[9] sogar auf die Ablehnung dieser Bestimmung angetragen hatte; 2) das Ministerium des Innern nach konstanter Praxis stets die gleiche Ansicht festgehalten hatte, so unterm 6. Juni 1840 in S. der Wittwe D. von J. und unterm 5. Dez. 1844 in S. D. von E.

VII. (Entsch. v. 30. Juni 1856.) In S. des Joh. Mich. F. von R., OA. R., wurde die gegen das seine Verehelichung mit der F. G. abweisende Erkenntniß der Kreisregierung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde unter Verfällung des F. in die Sporteln abgewiesen, weil eine solche nach Art. 14 und 18 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 nur wegen wesentlicher formeller Mängel des Verfahrens, nicht aber wegen der behaupteten materiellen Verstöße gegen das klare Recht statthaft sey.

[8] Verh. d. K. d. Abg. 1826—27, III. außerordentl. Beil.-Hft. S. 72.
[9] Verh. d. K. d. Abg. v. 1828, I. außerordentl. Bl.-Hft. S. 55, 56, 83.

Digitized by Google

VIII. (Entsch. v. 16. Aug. 1856.) Der Goldarbeiter H., Bürger in A., ließ sich im März 1852 für seine Person in das Bürgerrecht der Gemeinde F. aufnehmen. Der Gemeinderath in F. nahm ihn jedoch nur mit der Beschränkung auf, daß er weder einen Anspruch auf Armenunterstützung, noch auf bürgerliche Nutzungen haben solle. Im Jahre 1856 kam H. in die Lage, öffentlicher Unterstützung zu bedürfen. Der Gemeinderath in F. verweigerte jedoch dieselbe, weil H. auf dieselbe verzichtet habe. Das OA. erkannte ihn jedoch hiezu für verbunden und auch die Kreisregierung, weil die Bedingung als rechtlich ungiltig (Art. 16 des Bürgerrechtsgesetzes) rechtlich unwirksam sey. Das Ministerium änderte die Entscheidung ab, da, soferne es sich nicht um eine Zwangsaufnahme damals gehandelt habe, die Wirkung der rechtlich unzulässigen Bedingung nur die seyn könne, daß die Aufnahme ungiltig sey. Auf erhobene Beschwerde änderte jedoch der K. Geheimerath unterm 16. Aug. 1856 die Entscheidung des Ministeriums des Innern dahin ab, daß die Gemeinde F. verbunden sey, an der Unterstützung des H. Theil zu nehmen, weil 1) der Gemeinderath F. den H., nachdem er auf das Recht der öffentlichen Unterstützung und des Genusses der bürgerlichen Nutzungen verzichtet gehabt habe, unbedingt und nur ohne Präjudiz für ihn in Beziehung auf bürgerliche Nutzungen in das Bürgerrecht von F. aufgenommen habe; 2) noch dahinstehe, ob diese letztere Verwahrung überhaupt nur auf den Anspruch auf öffentliche Unterstützung ausgedehnt werden könne; 3) jedenfalls aber die Verwahrung gegen eine im Gesetz begründete wesentliche Folge der eigenen Handlung des Gemeinderaths rechtlich unwirksam sey; 4) dafür, daß in Folge der Beifügung einer rechtlich unzulässigen Bedingung bei einer Bürgeraufnahme nicht die Aufnahme ungiltig sey, sondern die Bedingung als nicht beigefügt erscheine, der Art. 71 des Bürgerrechtsgesetzes in so ferne spreche, als dort die Beschränkung der Aufnahme im

Digitized by Google

Sinne des Art. 16 nicht als Grund für die Nichtigerklärung des Bürgerrechts aufgeführt sey.

IX. (Entsch. v. 29. Dez. 1856.) In S. des Theilgemeinderaths in St. c. den Gesammtgemeinderath in N., Aufnahme des D. in das Gemeindebürgerrecht in N. behufs seiner Niederlassung in St., wurde die Beschwerde in Ermangelung eines dem Theilgemeinderath zustehenden Beschwerderechts als unstatthaft abgewiesen.

X. (Entsch. v. 27. Jan. 1857.) Am 17. März 1852 gebar die ledige Mathilde P. in Augsburg auf der Durchreise ein Kind Ludwig P., dessen Vater angeblich ein Ungar seyn soll. Der Magistrat in Augsburg verlangte Ausmittelung der Heimathsverhältnisse und Uebernahme des Kindes, in dessen Folge die Heimathsverhältnisse der Mathilde P. näher zu untersuchen waren. Dieselbe ist in H., OA. N., am 22. Sept. 1823 geboren. Ihr Vater war der Stadtsubstitut P. daselbst, der, soweit sich ermitteln ließ, ohne selbst ein Bürgerrecht erworben zu haben, unterm 10. April 1823 mit einer Bürgerstochter H. in H. getraut worden war. Diese Ehe war jedoch, nachdem die Eheleute nur wenige Monate vereinigt gewesen waren, im Jahre 1831 gerichtlich getrennt worden, worauf sich der Stadtsubstitut P. nach Amerika begeben hatte, von wo er nichts mehr von sich hören ließ; die Mutter der Mathilde P. verehelichte sich aber später an einen Kaufmann in O., dessen Bürgerrecht sie für sich, nicht aber für ihre Tochter erster Ehe erwarb. Der Vater des Stadtsubstituten P. war der am 11. August 1750 in G. (im Badischen) geborene Pfarrer P., der von 1781 bis 1800 Pfarrer in Pf. gewesen war, wo der Stadtsubstitut P. am 7. Nov. 1797 geboren wurde, und von wo er im Jahre 1800 nach St. versetzt wurde, wo er im Jahre 1827 starb. Die Mathilde P., welche übrigens am 9. Sept. 1853 starb, hatte hinsichtlich ihrer Zutheilung noch am 31. August 1853 erklärt, daß sie keinen Zutheilungstitel als den der Geburt geltend zu

Digitized by Google

machen wisse, daß sie früher kein Bürgerrecht erworben, sich nirgends 5 Jahre lang selbstständig aufgehalten, nie verehelicht gewesen sey, auch ihr Vater, soweit sie wisse, kein Bürgerrecht besessen habe. Unter diesen Umständen wurde der Ludwig P. der Gemeinde H. zugetheilt und die von letzterer hiegegen erhobene Beschwerde unter Verfällung in die Kosten und Sporteln verworfen, weil a) von einem Anspruch auf ein Unterthanenrecht in Bayern deßhalb keine Rede seyn könne, weil nach §. 5, Abs. 1 der Gothaer Convention vom 15. Juli 1851 uneheliche Kinder unter 21 Jahren nach den Rechtsverhältnissen der Mutter zur Zeit ihrer Geburt zu beurtheilen, und b) die Mathilde P. und ihr Vater als heimathlos anzusehen seyen und somit nur die Ziff. 6 des Art. 35 des Bürgerrechtsgesetzes Platz greifen könne.

XI. (Entsch. v. 17. Febr. 1857.) Im Jahre 1824 wurde J. B., seither bürgerlich in B., Oberamts R., aus Anlaß des Kaufes einer Wirthschaft in das Bürgerrecht von J. aufgenommen. Er konnte den Kauf nicht halten und zog wieder ab, worauf er sich theils in B., theils in anderen Orten aufhielt. Im Jahre 1838 bat er die Gemeinde B. um Unterstützung, der Gemeinderath aber wies ihn ab, weil er sein Bürgerrecht durch seine Uebersiedlung nach J. verzogen habe. B. nahm hierauf das Bürgerrecht in J. in Anspruch, worauf der Gemeinderath daselbst unterm 28. Febr. 1846 beschloß, zunächst die rückständige Bürgersteuer einzuziehen, und da B. außer Stand war, dieselbe zu entrichten, so erklärte ihn der Gemeinderath unterm 10. März 1848 des Bürgerrechts für verlustig. Eine hiegegen von B. erhobene Beschwerde wies das Oberamt W. unterm 21. Mai 1848 ab. B., über den Rekurs belehrt, erklärte hierauf, daß er die Streitsache der Gemeinde B. überlasse. Diese Erklärung wurde von dem Oberamt W. einfach ad acta genommen. Unterm 12. Januar 1849 bat hierauf B. den Gemeinderath in B., ihn wieder in das Bürgerrecht von B. aufzunehmen,

Digitized by Google

da der Gemeinderath in J. ihm das Bürgerrecht streitig mache. Der Gemeinderath in B. ging jedoch hierauf nicht ein, sondern verlangte im Gegentheil, daß B. seine frühere Verzichtleistung auf das Gemeindebürgerrecht in B. wiederhole, was auch B. unterschriftlich that. Aus Anlaß einer Untersuchung wegen eines Bettelvergehens verlangte nun der Gemeinderath in J. auf den Grund des Erkenntnisses des Oberamts W., das dem B. das Bürgerrecht abgesprochen hatte, die Ausweisung des B., die von dem Oberamt auch verfügt wurde. Dieß gab dem Gemeinderath in B. Veranlassung, gegen das Erkenntniß des Oberamts W. vom 21. Mai 1848, durch welches der Anspruch des B. auf das Bürgerrecht in J. abgewiesen worden war, Beschwerde bei der Kreisregierung zu erheben. Die Kreisregierung erkannte hierauf unterm 2. Sept. 1856, daß dem B. das Bürgerrecht in J. nicht zustehe. Hiegegen erhob der Gemeinderath in B. Beschwerde bei dem Ministerium. Dieses hob das Erkenntniß der Kreisregierung sammt dem Sportelansatz auf und verwies den Anspruch des Gemeinderaths in B. auf die Anerkennung des Bürgerrechts in J. an das Oberamt, weil abgesehen davon, ob die Grundsätze des Civilprozesses über die Intervention auf das Administrativjustizverfahren überhaupt anwendbar seyen, von einer Intervention in demselben Verfahren jedenfalls nur in so lange die Rede seyn könne, als dasselbe zwischen den ursprünglichen Parteien nicht rechtskräftig erledigt sey, was in dem vorliegenden Fall nicht zutreffe.

XII. (Entsch. v. 21. April 1857.) In S. der Gemeinde A. c. die Gemeinde N., das Bürgerrecht der Wittwe St. betreffend, kam die Frage zur Erörterung, ob dem Gemeinderath für sich ein Rekursrecht wegen der Aberkennung des Bürgerrechtsanspruches an die andere Gemeinde zustehe. Gegen ein solches Rekursrecht wurde geltend gemacht, daß 1) nach Art. 66, Ziff. 1 des Bürgerrechtsgesetzes das Bürgerrecht durch Uebersiedlung erst von der

Digitized by Google

Zeit an erlischt, wo gegen die Aufnahme in die neue Gemeinde ein Rekurs nicht mehr zulässig ist; 2) in Art. 69, Abs. 2 unter den Betheiligten, die zum Rekurse berechtigt sind, die seitherige Heimathgemeinde nicht aufgeführt ist; 3) im Falle des Art. 71 der Aufgenommene in seine frühere Heimathgemeinde zurückgewiesen wird, ohne daß einer Theilnahme der früheren Heimathgemeinde an dem Nichtigkeitsverfahren gedacht ist. Dagegen wurde für dasselbe angeführt, 1) daß es sich in einem solchen Falle nicht darum handelt, ob der Betreffende neu aufzunehmen, sondern ob die erfolgte Aufnahme giltig ist, der Art. 69, Abs. 2, der nur von dem Aufnahmeverfahren handelt, somit keine Anwendung findet; 2) der Art. 71 des Bürgerrechtsgesetzes für die Frage um so weniger entscheidend seyn könne, als immerhin zweifelhaft sey, ob nicht der früheren Heimathgemeinde nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Recht der Betheiligung an dem Verfahren zusteht; 3) der Art. 69, Abs. 1, von Bürgeraufnahmen abgesehen, den Betheiligten allgemein ein Rekursrecht gestatte; 4) unter die rechtlich Betheiligten aber die frühere Heimathgemeinde deßhalb gehört, weil sie den Betreffenden wieder aufnehmen muß und sie somit ein selbstständiges Recht verfolgt. Da jedoch in dem gegebenen Falle darüber kein Zweifel war, daß der erhobene Rekurs materiell unbegründet sey, so wurde die Frage der Statthaftigkeit des Rekurses dahingestellt gelassen.

XIII. (Entsch. v. 22. Sept. 1857.) In S. der Gemeinde S. c. M. K. von J. kam die Frage zur Erörterung, ob es zulässig sey, den Streit über die Bürgerannahme gleichzeitig mit dem Streit über die Frage der Verehelichung zu behandeln, da strenge genommen der Nupturient zuerst Bürger der betreffenden Gemeinde seyn müsse ehe er mit derselben über seine Verehelichung verhandeln könne. Es wurde sich jedoch für die Zulässigkeit der gleichzeitigen Verhandlung beider Streitfragen ausgesprochen, weil beide in der Regel in so enger Verbindung mit einander stehen, daß die eine

Digitized by Google

durch die andere gleichmäßig bedingt sey, wobei sich jedoch von selbst verstehe, daß die Entscheidung wegen der Verehelichungsfrage, falls sie bejahend ausfalle, nur als eine durch die Giltigkeit der Entscheidung über die Zwangsaufnahme bedingte aufgefaßt werden könne.

XIV. (Entsch. v. 31. Aug. 1858.) In S. des Gemeinderaths von M. c. den Sattler E. v. G. hatte der Gemeinderath beschlossen, den E. in das Bürgerrecht aufzunehmen und seine Verehelichung zuzulassen, wenn er seine Entlassung aus dem Militär vorgelegt haben werde. Diesen Beschluß hatte der Gemeinderath gefaßt und dem E. eröffnet, nachdem er von der Kreisregierung für verbunden zu der Aufnahme des E. erkannt worden war. Gleichwohl meldete der Gemeinderath gegen letztere Entscheidung den Rekurs an und führte ihn aus. Auf den Grund des zwischen dem Gemeinderath und E. abgeschlossenen Uebereinkommens, von dem der Gemeinderath für sich abzugehen nicht befugt sey, wurde aber der Rekurs von dem Ministerium für unstatthaft erklärt.

XV. (Entsch. v. 7. Sept. 1858.) In S. des Israeliten J. H. von J. c. die Gemeinde C. kam die Frage zur Entscheidung, ob in dem Fall, wenn von den in einer Gemeinde bürgerlichen Eheleuten bloß der Ehemann für seine Person das Bürgerrecht in einer andern Gemeinde unter Beibehaltung des seitherigen Bürgerrechts nachsucht, das Vermögen der beiden nach dem Landrecht verheiratheten Eheleute behufs der Nachweisung der für die Zwangsaufnahme vorhandenen Vermögenssumme zusammengerechnet werden dürfe, oder ob das Vermögen des Ehemannes für sich auszumitteln und bloß dieses für die Nachweisung des erforderlichen Vermögens zu berücksichtigen sey. Die Kreisregierung hatte sich für das letztere entschieden, weil der Art. 20 des rev. Bürgerrechtsgesetzes in Ziff. 2 von einem Zusammenrechnen des Vermögens nur bei der Aufnahme beider Eheleute rede. Zu der gleichen Ansicht hatte sich auch die Oberregierung in ihrer

Digitized by Google

Majorität (4 : 3) in einem im Jahre 1836 zur Sprache gekommenen Falle vorläufig bekannt, es war aber, da dieser Fall sich auf andere Weise erledigte, damals nicht zum definitiven Ausspruch gekommen. In dem jetzt vorliegenden Fall nahm jedoch das Ministerium die entgegengesetzte Thesis an und erkannte die Zugrundlegung des Vermögens beider Ehegatten für den Zweck des von dem Ehemann zu gebenden Nachweises des für die Zwangsaufnahme vorhandenen Vermögens für begründet. Abgesehen nämlich davon, ob nicht nach Ziff. 2 des Art. 20 des Gesetzes in dem Falle, in welchem blos eines der Nupturienten die Zwangsaufnahme in das Bürgerrecht für sich nachzusuchen hat, weil der andere Nupturient sich bereits in dem Besitz des Bürgerrechts befindet, in welchem Fall ein Zusammenrechnen des Vermögens beider Verlobten jedenfalls nach der Absicht des Gesetzes gleichwohl stattzufinden hat, lasse sich nicht bezweifeln, daß die Art. 18 bis 20 des Bürgerrechtsgesetzes hinsichtlich der Zwangsaufnahme auch auf den Fall Anwendung finden sollten, wenn bloß der Ehemann für seine Person das Bürgerrecht nachsuche. Das persönliche Bürgerrecht sey wesentlich eingeführt worden, um die Beschränkungen des Zunftzwangs durch die Möglichkeit eines mehrfachen Bürgerrechts zu mildern, und diesem Motiv würde es schlecht entsprechen, wenn seine Erreichung an härtere Bedingungen geknüpft seyn würde, als die Erlangung des erblichen Bürgerrechts. Spreche schon dieser Umstand dafür, daß in dem Art. 20 Ziff. 2 mit der Bestimmung hinsichtlich der Einrechnung des Vermögens der Ehefrau nicht etwas Singuläres für das erbliche Bürgerrecht habe festgesetzt werden wollen, so sey die analoge Anwendung dieser Bestimmung und die sich hieraus ergebende Unzulässigkeit der Ausscheidung des Vermögens der Ehefrau einerseits in der Schwierigkeit einer stringenten Durchführung des gegentheiligen Grundsatzes, andererseits in dem argumentum a majori ad minus eben so sehr begründet, wie in der

Digitized by Google

Erwägung, daß von dem persönlichen Bürgerrecht außer dem Art. 8 überhaupt nicht mehr weiter die Rede, eben hiedurch aber auch die Annahme gerechtfertigt sey, daß der Gesetzgeber einfach die für das Bürgerrecht als solches geltenden Bestimmungen auch auf das persönliche Bürgerrecht im Sinne des Art. 8 des Gesetzes habe angewendet wissen wollen. In diesen Erwägungen wurde denn auch das Erkenntniß der Kreisregierung, übrigens unter Vergleichung der Kosten und Sporteln, abgeändert.

XVI. (Entsch. v. 9. Nov. 1858.) In S. des Schneiders D. c. die Gemeinde U. handelte es sich um die Frage, ob D. in Folge wissentlich falscher Angaben über seinen Vermögensbesitz in Gemäßheit des Art. 27 des Bürgerrechtsgesetzes des Rechts verlustig sey, die Zwangsaufnahme für sich in Anspruch zu nehmen. D. hatte, nachdem er von dem Gemeinderath in U. mit seinem Gesuch um Aufnahme wegen ungenügenden Nachweises seines zu 2067 fl. angegebenen Vermögens abgewiesen worden war, in einer ein Jahr später eingereichten Eingabe sein Gesuch erneuert, und darin gesagt: „Meine Mobilien und Waarenvorräthe sind von der Kommission für die Feuerversicherung zu 3700 fl. aufgenommen worden. Die Ausstände in meinen Büchern betragen 4000 fl. Meine Waarenvorräthe sind alle bezahlt, was ich durch die Quittungen konstatiren kann". Ebenso sagte er in einer späteren Eingabe: „Ich habe sämmtliche auf mich gezogene Wechsel bei Verfallzeit eingelöst und alle Rechnungen bezahlt." Hierauf faßte der Gemeinderath am 4. Febr. 1858, in Erwägung, daß D. mit einer namhaften Zahlung bei Kaufmann X. im Rückstande sey, auch an Ipser N. einen Betrag schulde, daß er also mit seiner Aussage, daß alle seine Vorräthe bezahlt seyen, eine wissentlich falsche Angabe gemacht habe, den Beschluß, denselben unter Beziehung auf Art. 27 des Bürgerrechtsgesetzes mit seinem Bürgerannahmegesuch für alle Zukunft abzuweisen. Eine von D. hiegegen bei dem Oberamt erhobene Beschwerde hatte

Digitized by Google

keinen Erfolg, wogegen die Kreisregierung zu seinen Gunsten erkannte, der Gemeinderath in U. sich aber bei dem Ministerium beschwerte. D. gab zwar zu, daß unrichtige Angaben bezüglich seiner Vermögensverhältnisse gemacht, und namentlich eine Schuld von 120 fl. an den Kaufmann X., die er aber inzwischen bezahlt habe, nicht angegeben worden, es sey dieß aber ohne sein Wissen und Willen geschehen, denn er habe 1) sein Aufnahmegesuch von Anfang bis zu Ende auf den Grund des ihm einen Vermögensbesitz von 2067 fl. bezeugenden gemeinderäthlichen Zeugnisses gestützt. Auf das Verlangen näheren Nachweises dieses Besitzes habe er den Scribenten N. mit der Fertigung der Schrift beauftragt. Statt einfach diesen Nachweis zu geben, habe der Scribent N. in der Schrift die gerügten unwahren Angaben gemacht, er aber dieselbe, ohne sie zu lesen, unterschrieben. Man werde ihm dieß um so weniger zur Last legen können, als von einer Täuschung schon deßhalb keine Rede seyn könne, weil er ja zur Nachweisung des nach dem Gesetz erforderlichen Vermögens die gerügte unwahre Angabe gar nicht nöthig gehabt hätte. 2) Uebrigens seyen die Angaben nicht einmal objektiv falsch; der Eingabe sey ein Verzeichniß seiner Ausstände im Betrag von 6406 fl. 31 kr. beigelegt gewesen, von welchen aber nur 4000 fl. in Rechnung genommen worden seyen, was hinlänglich beweise, daß es sich nicht um eine genaue Feststellung seines Vermögens, sondern nur um eine summarische Aufstellung der Hauptbestandtheile desselben gehandelt habe. Gerade die Waaren aber, für die Kaufmann X. 120 fl. zu fordern gehabt habe, seyen auf seinem Lager damals nicht mehr vorhanden, sondern zu Kleidern für den Grafen X. verwendet gewesen, und der Betrag für die letzteren laufe unter den Ausständen, von welchen nicht blos 120 fl., sondern 2400 fl. außer Berechnung geblieben seyen. Von der Anwendung des Art. 27 könne aber schon deßhalb keine Rede seyn, weil die Unrichtigkeit nur das

Digitized by Google

Plus des gesetzlich erforderlichen Vermögensbesitzes betreffe. Der Scribent N. bestätigte, daß D. die Eingabe ungelesen unterschrieben habe. Der Gemeinderath machte dagegen geltend, daß D. die Eingabe einmal zu vertreten und falsche Angaben gemacht habe, weßhalb die Anwendbarkeit des Art. 27 des Bürgerrechtsgesetzes nicht zweifelhaft seyn könne. Das Ministerium verwarf aber unter Vergleichung der Kosten und Sporteln den erhobenen Rekurs in der Erwägung, daß nach Lage der Akten der Vorwurf wissentlich falscher Angaben nicht als erwiesen angesehen werden könne.

XVII. (Entsch. v. 29. Dez. 1858.) In S. D. c. die Gemeinde F. wurde die Beschwerde des Gemeinderaths gegen die ihm auferlegte Anerkennung des Bürgerrechts des D. verworfen, weil er das Zustandekommen seiner Verehelichung mit der Wittwe X. nicht zur Bedingung seiner freiwilligen Aufnahme des D. gemacht hatte, und von Anwendung des Art. 23 des Bürgerrechtsgesetzes deßhalb keine Rede seyn könne, weil es sich um keine Zwangsaufnahme gehandelt habe, indem D. auch mit Einrechnung des Vermögens seiner dermaligen Verlobten X. das für eine Zwangsaufnahme erforderliche Vermögen nicht besessen habe.

XVIII. (Entsch. v. 29. Dez. 1858.) In S. des Schneiders J. c. die Gemeinde X., Anerkennung des Bürgerrechts betreffend, wurde angenommen, daß nach dem älteren Recht ein Verzicht auf das Bürgerrecht nur dann wirksam gewesen sey, wenn die Aufnahme in ein anderes Bürgerrecht wirklich zu Stande gekommen, daß aber auf der andern Seite die Erlegung der Bürgerannahmegebühr keine sich von selbst verstehende Bedingung der wirklich zu Stande gekommenen Aufnahme, sondern lediglich eine Folge derselben gewesen sey.

XIX. (Entsch. v. 14. März 1859.) In S. der Gemeinde K. c. die Gemeinde G., Anerkennung des Bürgerrechts des K. betreffend, wurde angenommen, daß bei einer Trauung in

Digitized by Google

einem vormaligen württ. Condominatort insolange die Legalität des Akts und keine Trauung im Ausland anzunehmen sey, als nicht entschiedener Nachweis für eine Aufnahme des Betreffenden in ein fremdes Unterthanenrecht vorliege.

XX. (Entsch. v. 4. April 1859.) In S. des Gesammtgemeinderathes M. c. den Gesammtgemeinderath G., Zutheilung der beiden heimathlosen Brüder M. in O. J. betreffend, wurde von dem K. Geheimenrathe das Vorhandenseyn eines Administrativjustizstreits angenommen, während die vorigen Instanzen nur eine Verwaltungssache angenommen hatten, weil es sich um eine Zutheilung von Amtswegen handelte. Der K. Geheimerath begründete seine Unterstellung des Falles unter das Gesetz vom 13 Nov. 1855 damit: Das Amt, kraft dessen die Zutheilung in den Fällen des Abs. 2 des Art. 34 (des Bürgerrechtsgesetzes) zu erfolgen habe, könne überall da, wo zwischen mehreren Gemeinden Streit darüber entstanden, welche von ihnen sich die Zutheilung gefallen zu lassen habe, wo jede dieser Gemeinden unter Berufung auf die gesetzlichen Normen der Zutheilung den Anspruch auf Verschonung mit dem Heimathlosen erhebe, und wo über diese sich gegenüberstehenden Ansprüche Verhandlungen Statt gefunden haben, kein anderes seyn, als das Administrativjustizrichteramt, das den Verwaltungsbehörden in Streitigkeiten über Ansprüche, die sich auf das öffentliche Recht gründen, übertragen sey. Es dürfe nach der Geschichte der Verabschiedung des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 nicht bezweifelt werden, daß alle Fälle, in denen eine Regiminalbehörde den Beruf habe, einen Streit zwischen sich gegenüberstehenden Parteien durch Richterspruch zu schlichten, unter den Abs. 1 des Art. 1 dieses Gesetzes zu stellen seyen. Ueber den Gegensatz zwischen Abs. 1 und 2 dieses Artikels sey sich schon in den Motiven zu demselben deutlich ausgesprochen, und der Mehrheit der Kommission der Kammer der Abgeordneten für innere

Digitized by Google

Verwaltung sey es nicht entgangen, daß der Entwurf des Gesetzes das formale Kriterium aufgestellt habe, ob Parteien einander gegenüberstehen, zwischen welchen die Behörde als unparteiischer Richter das Urtheil schöpfe, oder ob die Behörde gegenüber von Einem Betheiligten in Wahrung der Hoheitsrechte des Staats eine Verfügung treffe und sich durch solche gleichsam selbst als Partei jenem Einen entgegenstelle.

Die abweichende im Sondergutachten niedergelegte Ansicht Eines Kommissionsmitglieds aber, welches gemeint habe, insofern bei einem wirklich dem öffentlichen Recht angehörenden Verhältnisse der Staat selbst immer mehr oder weniger betheiligt sey, hebe der Absatz 2 den Absatz 1 auf und der Gesetzesentwurf habe streng genommen gar keinen Inhalt, wenn er auf solche Streitigkeiten keine Anwendung finden solle, bei welchen die öffentliche Gewalt als solche betheiligt sey, habe in der Kammerdebatte vom Ministertisch aus in schlagender Weise ihre Widerlegung gefunden; es sey insbesondere hervorgehoben worden, daß das betreffende Kommissionsmitglied den Ausdruck „betheiligt" ganz im Widerspruch mit dem Sinn der Motive ausgelegt habe, nach welchem jener Ausdruck nichts Anderes besage, als: wenn die Staatsgewalt als solche gehandelt hat, im Gegensatz von dem Falle, wenn sie als Richter handelte. Diese Auffassung stehe ganz im Einklang mit derjenigen, von welcher auch der k. Geheimerath bei der Begutachtung des Gesetzesentwurfs ausgegangen sey, und auf seinen Antrag sey die Aufzählung der Fälle, die sich unter Absatz 2 eignen und worunter auch die Zutheilung Heimathloser aufgeführt war, in der Erwägung beseitigt worden, weil die Zutheilung Heimathloser nicht so unbedingt unter den zweiten Absatz des Art. 1 gestellt werden zu können scheine, vielmehr eine solche Maßregel leicht zur Parteiensache zwischen zwei und noch mehreren Gemeinden werden könne. Es könne hiernach nicht zweifelhaft seyn, daß

hier ein Parteienstreit im Sinne des Abs. 1 des Art. 1 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 vorliege. Allerdings lasse sich nicht leugnen, daß der Staat als öffentliche Gewalt materiell immer dabei betheiligt sey, daß jeder Staatsbürger seine bestimmte Heimath habe. Es könne daher wohl auch ein Fall der Zutheilung eines Heimathlosen nach dem Gange der Verhandlung unter den Absatz 2 des Art. 1 des Gesetzes zu stellen seyn. Es würde dieß dann zutreffen, wenn etwa ein Heimathloser, welcher den Anspruch auf Zutheilung zu einer bestimmten Gemeinde nicht erhebe, von einem Oberamt in der Eigenschaft als Polizeibehörde einer Gemeinde ohne Verhandlung mit einer anderen ohne Weiteres zugetheilt werden sollte. Sobald aber der Heimathlose eine bestimmte Gemeinde in Anspruch nehme, und diese den Anspruch bestreite, und ebenso dann, wenn sie mit ihren Einwendungen Gehör findend das Herbeiziehen einer zweiten oder weiterer Gemeinden und Streitverhandlungen mit diesen veranlasse, welche ihr Ende nur durch eine der Rechtskraft fähige Entscheidung des Administrativrichters finden können, sey das von dem Gesetz aufgestellte formale Merkmal des Kontentiösen, des Parteistreits im Sinne des Abs. 1 des Art. 1 des Gesetzes gegeben.

XXI. (Entsch. v. 16. Juni 1859.) In S. des Gerbers R. von L. c. die Gemeinde O., Anerkennung eines persönlichen Bürgerrechts betr., wurde angenommen, daß, da der Vorbehalt des Bürgerrechts bei der Erwerbung eines anderen Bürgerrechts von dem Prätendenten zu beweisen sey, die öffentlichen Urkunden aber einen solchen Vorbehalt nirgends enthalten, der Umstand, daß R. 13 Jahre hindurch Rekognitionsgeld indebite bezahlt, auch seinen Kirchenstuhl und einige Liegenschaft in O. beibehalten habe, für sich zum Beweise eines solchen Vorbehalts nicht genüge.

XXII. (Entsch. v. 5. Juli 1859.) In S. des B. c. die Gemeinde U. wurde ausgesprochen, daß ein unehelich geborenes Kind, dessen Geburt in die Zeit vor der Ema-

Digitized by Google

nirung des Bürgerrechtsgesetzes von 1828, nämlich in das Jahr 1827, fiel, dessen natürliche Eltern aber sich nach der Emanirung des Bürgerrechtsgesetzes geehelicht hatten, nicht das frühere Bürgerrecht seiner Mutter, sondern das Bürgerrecht seines Vaters in Anspruch zu nehmen habe, und es wurde demgemäß der Anspruch des B. auf das Bürgerrecht in U., wo seine Mutter zur Zeit seiner Geburt bürgerlich gewesen, abgewiesen.

XXIII. (Entsch. v. 13. Sept. 1859.) In S. des Gemeinderaths J. c. den Gemeinderath R., Anerkennung des Bürgerrechts der unehelich geborenen K. betr., wurde ausgesprochen, daß der Gemeinderath R. schuldig sey, die K. als Bürgerin anzuerkennen. Unbestritten war die K., während sie noch unter elterlicher Gewalt stand, mit ihrer unehelichen Mutter, der Ehefrau des G. F., am 28. März 1839 gleichzeitig mit der übrigen Familie des F. in das Bürgerrecht von R. aufgenommen worden, und sie gründete selbst hierauf ihren Anspruch an das Bürgerrecht in R. Der Gemeinderath in R. wurde daher mit seiner darauf gestützten Einsprache, daß die Aufnahme ohne Zustimmung der K. erfolgt sey, abgewiesen. Die weitere Einsprache des Gemeinderaths aber, daß er bei der Aufnahme der K. geglaubt habe, sie sey selbst ein leibliches Kind des F., fand dadurch ihre Widerlegung, daß die K. weder in der Schule noch in der Kirche den Namen F. geführt hat, sondern im Gegentheil bei der Aufnahme dem Gemeinderath ein Auszug aus dem Familienregister von J. vorgelegt worden war, worin die K. als uneheliche Tochter der Ehefrau des F. aufgeführt wurde.

XXIV. (Entsch. v. 22. Nov. 1859.) Der Schneider B. von W., Oberamts L., suchte im Jahr 1856 bei dem Gemeinderath in W. die Erlaubniß zur Verehelichung mit der W. von Z., Oberamts M., nach, wurde aber damals wegen mangelnden Nahrungsstandes abgewiesen. Im Februar 1858 erneuerte er sein Gesuch, das abermalige Abweisung zur Folge hatte. Nun suchte er bei seinem Gemeinderath die

Digitized by Google

Ausstellung eines Geburtsbriefs für die Bürgerannahme in Z. nach. Nach dem Gemeinderathsprotokoll von W. vom 10. Juni 1858 wurde dem B., der sich in Z. verheirathen und dort das Bürgerrecht erwerben wolle, der Geburtsbrief in üblicher Weise ausgestellt mit dem Beisatz: „welcher die Absicht erklärt hat, sich zu Z., Oberamts M., niederzulassen" und mit der Beurkundung, daß seinem Austritt aus dem Gemeindeverband von W. kein Hinderniß im Wege stehe. Ein Vorbehalt des Bürgerrechts in W. wurde nicht gemacht. Nach dem Protokoll des Gemeinderaths in Z. vom 15. Juli 1858 bat B. „ihm das dortige Bürger- oder nur Beisitz- (Hintersaß-) Recht zu ertheilen, indem er die eheliche Tochter des Bürgers W. in Z. zu ehelichen gedenke" und es beschloß der Gemeinderath von Z., auf den Grund des Geburtsbriefs, wornach B. gut prädizirt, zwar derzeit ohne Vermögen sey, aber von seiner Mutter noch etwas zu erwarten habe, und da ferner in Z. das Bedürfniß vorliege, einen tüchtigen Schneidermeister zu erhalten, nach eingeholtem Gutachten des Bürgerausschusses der Nahrungsstand auf seinen Erwerb gegründet sey, und B. sein Bürgerrecht in W. beibehalten wolle, den Bittsteller Behufs seiner Verehelichung mit der W. von Z. als Beisitzer oder Hintersaß aufzunehmen. Unterm 23. Juli 1858 stellte der Gemeinderath Behufs der Proklamtion und Trauung folgendes Zeugniß aus: „J. B., Schneidermeister, neu aufgenommener Beisitzer hier, will sich mit der ledigen Tochter des Martin W. verehelichen und liegt von unterzeichneter Stelle der Proklamation und Kopulation kein Hinderniß im Wege, da der Nahrungsstand als gesichert durch sein Handwerk angenommen ist". Auf den Grund eines Proklamationsschreibens des Pfarramts in Z., in dem B. ausdrücklich als Beisitzer in Z. angeführt und bemerkt war, daß von Gemeinderathswegen keine Einsprache gegen die eheliche Verbindung erhoben werde, wurde B. in Z. und in W. als Sohn des Bürgers B. in W., nunmehriger Beisitzer in

Digitized by Google

der Gemeinde Z., Oberamts M., proklamirt und von dem Pfarramt W. dem Pfarramt Z. zur Aufnahme in das Familienregister in Z. mit dem Anfügen übergeben, daß seiner Verehelichung kein Hinderniß im Wege stehe, nachdem er als Beisitzer in Z. aufgenommen worden sey, und sich nach dem Zeugniß des dortigen Gemeinderathes über genügenden Nahrungsstand ausgewiesen habe. Erst nach der am 14. Aug. 1858 erfolgten Verehelichung des B., am 20. Aug. 1858, theilte das Schultheißenamt Z. dem Gemeinderath in W. die Aufnahme des B. dahin mit, daß dem B., Schneidermeister von W., unter Beibehaltung des Bürgerrechts zu W. durch Kollegialbeschluß vom 15. Juli d. J. zum Zweck seiner Verehelichung mit der W. von Z. das dasige Beisitzrecht ertheilt worden sey. Hiegegen protestirte der Gemeinderath in W. sogleich, indem er auf die nach Art. 4 des Gesetzes vom 6. Juli 1849 unzulässige Aufnahme des B. in das Beisitzrecht, den nach Ziff. 10 der Ministerialverfügung vom 24. April 1828 unzulässigen stillschweigenden Vorbehalt des Bürgerrechts in W. und die nach Art. 6 des Gesetzes vom 5. Mai 1852 für den Fall des Bürgerrechts in W. gleichfalls unzuständiger Weise geschehene Kognition des Gemeinderathes in Z. über die Verehelichung des B. hinwies. Nachträglich beschloß hierauf der Gemeinderath in Z. unterm 6. Nov. 1858 den J. B., unter Vorbehalt des Bürgerrechts in W. für sich und seine Familie, in das Bürgerrecht von Z. für seine Person aufzunehmen. — Hiemit war jedoch der Gemeinderath in W. nicht zufrieden, sondern erkannte den B. seines Bürgerrechts in W. für verlustig. Hiegegen beschwerte sich B., indem er geltend machte, daß er auf sein Bürgerrecht in W. nicht verzichtet habe, bei dem Oberamt L., das ihn jedoch mit seinem Anspruch abwies, weil er ohne einen ausdrücklichen, dem Gemeinderath in W. gegenüber erklärten Vorbehalt durch seine Aufnahme als Bürger in Z. seines seitherigen Bürgerrechts in W. nach Art. 66 Ziff. 1 des Bürger-

Digitized by Google

rechtsgesetzes verlustig geworden sey. B. beruhigte sich dabei; dagegen erhob der Gemeinderath in Z. Beschwerde gegen dieses Erkenntniß, und die Kreisregierung erkannte, daß das Bürgerrecht des B. in W. für ihn und seine Familie fortbestehe, dagegen der Gemeinde W. das Recht zukomme, die Aufnahmegebühr zu fordern, da die Ertheilung eines Beisitzrechts gesetzlich unzulässig, dem B. aber das Recht zugestanden sey, für sich und seine Familie sich das Bürgerrecht in W. auch ohne ausdrückliche Erklärung der Gemeinde W. gegenüber vorzubehalten, wie er auch dieser Gemeinde gegenüber nicht auf sein Bürgerrecht verzichtet habe. Auf die hiegegen von der Gemeinde W. erhobene Beschwerde änderte jedoch das Ministerium diese Entscheidung dahin ab, daß dem B. das Bürgerrecht in W. weder für sich noch für seine Familie zustehe, da der Bürgerrechtsvorbehalt der Gemeinde W. gegenüber nicht ausdrücklich erklärt worden sey, die Aufnahme in das Beisitzrecht von Z. aber von Seiten des Gemeinderaths Z. selbst ihre Erläuterung dahin gefunden habe, daß der Gemeinderath den B. in das Bürgerrecht habe aufnehmen wollen und da der Gemeinderath zu Z. sich für zuständig erachtet habe, über die Verehelichung des B. zu kognosciren, was er nur bei der Annahme eines der künftigen Familie zustehenden Genossenschaftsrechts habe thun können, die nachträgliche Restriktion dieses Genossenschaftsrechts auf die Person des B. unzulässig sey. Die von dem Gemeinderath in Z. hiegegen erhobene Beschwerde wurde auch von dem K. Geheimenrath verworfen.

XXV. (Entsch. v. 20. Juni 1860.) In S. des Gemeinderaths in M. c. E., Zwangsaufnahme des E. in das Bürgerrecht in M. betr., wurde ausgesprochen, daß, nachdem die Instanzentbindung für gerichtliche Straferkenntnisse abgeschafft ist, der Administrativbehörde nicht zustehe, in einem einzelnen Falle darüber zu kognosciren, ob nicht nach dem früheren Rechte eine Instanzentbindung ausgesprochen worden wäre.

Digitized by Google

XXVI. (Entsch. v. 24. April 1860.) In S. der W. S. c. die Gemeinde B., in welcher die Gemeinde B. Restitution gegen ein Erkenntniß des Ministeriums nachsuchte, durch welches sie für verbunden erkannt war, den S. Behufs seiner Verehelichung mit der K. von B. in das Bürgerrecht aufzunehmen, wurde die Restitution gegen das Erkenntniß des Ministeriums vom 23. Aug. 1859 unterm 13. Febr. 1860 deßhalb nachgesucht, weil das Verlöbniß rückgängig geworden war. Es wurde aber das Gesuch unter Verurtheilung der Gemeinde in Kosten und Sporteln abgewiesen, weil der Vater der K., auf deren Zeugniß sich berufen worden war, noch im Nov. 1859 das Fortbestehen des Verlöbnisses aus Anlaß der an die Aufnahmefrage sich knüpfenden Verehelichungsstreitsache behauptet hatte.

XXVII. In Betreff der Frage, ob eine Ausweisung in dem Fall unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 zu stellen sey, wenn die Gemeinde dieselbe als ein Recht für sich in Anspruch nimmt, hat die Praxis des Ministeriums des Innern gewechselt. Während nach dem Erscheinen des Gesetzes in vier Fällen (in S. des W. B. v. J. c. die Gemeinde St. unterm 5. April 1856; in S. des O. E. v. B. c. die Gemeinde A. unterm 28. April 1856; in S. des Schreiners X. v. G., Oberamts R., c. die Gemeinde G., Oberamts T., unterm 3. März 1857; in S. des Rechtskons. St. v. R. c. die Gemeinde K. gleichfalls unterm 3. März 1857) eine Administrativjustizsache angenommen worden war, kam die Frage unterm 20. April 1858 wiederholt zur Erörterung in S. der Ehefrau des S. L. v. T. c. die Gemeinde L. und sie wurde hier verneinend entschieden, wobei sich in materieller Beziehung zugleich dahin ausgesprochen wurde, daß das Recht des Ehemanns auf den Wohnsitz der Frau an seinem Wohnort der Ausweisung nicht im Wege stehe. Die Nichtanwendung des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 auf diesen Fall wurde in folgender Weise motivirt: Wenn auf der einen Seite für die An-

Digitized by Google

wendung des Gesetzes angeführt werde, daß in einem solchen Fall das Recht des Aufenthaltes zwischen der Gemeinde und dem Auszuweisenden streitig sey, so komme in Betracht, daß den Gemeindebehörden das Einspracherecht nicht dem Auszuweisenden, sondern der Regierungsbehörde gegenüber zustehe. Die Ausweisung bleibe auch in den Fällen des zweiten Absatzes des Art. 11 ein polizeilicher Akt, dessen Natur dadurch, daß die Polizeibehörde an bestimmte gesetzliche Normen der Gemeinde gegenüber gebunden sey, nicht geändert werde. Der Staat sey als öffentliche Gewalt aus allgemeinen politischen und volkswirthschaftlichen Gründen wesentlich dabei betheiligt, wie es mit dem Aufenthalsrecht des Staatsbürgers gehalten werde; seine Einwirkung hierauf sey nach ihrem Grund und Zweck keine administrativrichterliche, sondern eine polizeiliche. Die hiebei Betheiligten erscheinen hiebei nicht als Parteien, sondern als Rechtssubjekte, welche den polizeilichen Schutz im Allgemeinen oder Kraft besonderer gesetzlicher Normen in Anspruch nehmen. — Mit dieser Thesis erklärte sich jedoch der K. Geheimerath, dem sie aus anderem Anlaß zur Kenntniß kam, nicht einverstanden, indem er geltend machte, daß die Polizeibehörde, wenn sie einen Streit zwischen der Gemeinde und dem Auszuweisenden darüber entscheide, ob die Gemeinde ein Recht auf die Ausweisung habe, wesentlich als Richter thätig sey, da sie zu prüfen habe, ob der Rechtsanspruch, den die Gemeinde geltend mache, oder das Aufenthaltsrecht, das der Auszuweisende für sich in Anspruch nehme, zutreffe, es sich somit um einen Streit über öffentlich rechtliche Verhältnisse handle, in dem sich Parteien gegenüberstehen.

XXVIII. (Entsch. v. 31. Dez. 1855.) In S. des Apothekers N. in X. c. die Gemeinde B., Forderung für abgegebene Medikamente an den der Gemeinde B. angehörigen S. betr., wurde in Betracht, daß

1) zwar nach Art. 6 des Gesetzes vom 13. Nov.

Digitized by Google

1855 dem R. ein weiterer Rekurs an das Ministerium nicht zustehen würde, daß aber derselbe seinen Rekurs schon vor der Promulgation dieses Gesetzes eingelegt und ausgeführt hatte, und somit der Art. 6 hierauf keine Anwendung findet;

2) daß nach der amtlichen Aeußerung des Schultheißenamts K. gegen den S. schon im Jahr 1851—52 keine Zahlungshilfe hätte geleistet werden können;

3) daß Rekurrent innerhalb der drei Monate nach Abgabe der letzten Arznei für S. Klage gegen denselben bei dem Schultheißenamt K. erhoben und dieselbe, nachdem S. von K. nach H. gezogen war, bei den Behörden des letzten Orts unausgesetzt verfolgt hat;

4) daß es aber nicht, wie die Kreisregierung angenommen hat, Sache des Apothekers R. war, den Gant des S. herbeizuführen, es ihm somit auch nicht zur Schuld zugerechnet werden kann, daß ihm in diesem Gant die gemeinschuldnerische Ehefrau mit 29 fl. 50 kr. vorging, ausgesprochen, daß die Gemeinde B. verbunden sey, dem Apotheker R. die ganze Forderung für an S. abgegebene Medikamente einschließlich jener 29 fl. 50 kr. zu bezahlen.

XXIX. (Entsch. v. 10. März 1856.) In S. der Gemeinde G. c. die B. K. von U., Ersatz der Beerdigungskosten des vermögenslosen R. betreffend, wurde die Gemeinde zur Bezahlung der Kosten für verpflichtet erkannt, weil nach konstanter Praxis diese Kosten zu der nothwendigen Armenunterstützung zu rechnen sind und eine Ablieferung auf die Anatomie nach der Jahreszeit nicht stattzufinden hatte.

XXX. (Entsch. v. 20. Okt. 1856.) In S. der Stiftungspflege Br. c. die Gemeinde K. wurde die Gemeinde K. für verpflichtet erkannt, die Kurkosten für die Herstellung des ihr angehörigen, durch einen Schuß verwundeten Schneidergesellen H. zu bezahlen, weil a) H. nach ärztlichem Zeugniß ohne die größten Nachtheile für seine Gesundheit nicht in seine Heimath transportirt werden

Digitized by Google

konnte, somit nothwendig in dem Spital zu B. untergebracht werden mußte; b) derselbe nach dem Zeugnisse des Oberamtsphysikates nicht länger in dem Spital zurückbehalten wurde, als seine gänzliche Herstellung unumgänglich erforderte; c) die Zahlungsunfähigkeit des H., wie seines Vaters, aus den wiederholt erfolglosen Versuchen des Spitals, auf gerichtlichem Wege zur Befriedigung zu gelangen, genügend hervorgeht, das Spital aber bei derzeit vorhandener Zahlungsunfähigkeit des H. und seines Vaters nicht verbunden ist, sich auf eine mit der Zeit möglicher Weise eintretende Veränderung dieses Verhältnisses verweisen zu lassen.

XXXI. (Entsch. v. 27. Jan. 1857.) In S. des Wundarztes H. von B. c. die Gemeinde M., Bezahlung von Kurkosten betreffend, wurde der Wundarzt H. mit seiner Forderung für die wundärztliche Behandlung der Wittwe W. von M. abgewiesen, weil es sich hierbei von keinem Nothfall handelte, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie nach dem Ministerialerlaß vom 17. Mai 1819 ein Anspruch für die ärztliche oder wundärztliche Behandlung Armer an die öffentlichen Kassen aber nur insoweit stattfindet, als ein, hier nicht gegebener, Auftrag vorliegt, die wundärztliche Behandlung aller armen Kranken in B. aber, nach den Bedingungen seiner Anstellung, dem Oberamtswundarzt daselbst um seinen Gehalt obliegt, bei dessen Behandlung somit für die Gemeinde M. keine Kosten entstanden wären.

XXXII. (Entsch. v. 3. März 1857.) In S. des L. B. von E. c. die Gemeinde K. wurde B. mit dem gegen die Heimathgemeinde erhobenen Anspruch auf Ersatz der Verpflegungskosten für seinen Vater abgewiesen, weil der von ihm geltend gemachte Aufwand weder bescheinigt, noch sonst dargethan war, daß anderweitige Mittel zur Bestreitung dieser Verpflegungskosten nicht vorhanden waren, überdieß aber dem B. die Verpflegung seines Vaters nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen oblag und

Digitized by Google

nicht dargethan worden, daß er durch die Erfüllung dieser Pflicht selbst in eine hilfsbedürftige Lage gerathen.

XXXIII. (Entsch. v. 27. Okt. 1857.) In S. des Ch. S. von M. c. die Gemeinde O. wurde der Kläger mit seinem gegen die Gemeinde erhobenen Ersatzanspruch für die Verpflegungskosten des Kindes eines Ortsangehörigen von O. abgewiesen, weil der Vater des Kindes im Stande war, seinen Verpflichtungen gegen sein Kind zu genügen, und daher die Gemeinde um so weniger dazu angehalten werden könne, als S. das fragliche Kind ohne Wissen der Gemeinde in Verpflegung genommen, der Vater des Kindes aber seine Ersatzpflicht hauptsächlich deßhalb bestrit, weil ihm das Kind, seines wiederholten Verlangens ungeachtet, von S. nicht zu eigener Verpflegung zurückgegeben wurde.

XXXIV. (Entsch. v. 22. Dez. 1858.) Der dem Großherzogthum Baden angehörige mittellose Dienstknecht des Müllers H. von B. verunglückte auf der Markung der Gemeinde S. beim Holzführen. Derselbe wurde behufs seiner Wiederherstellung in das Haus seines Dienstherrn nach B. gebracht und in dem Orte B. bis zu seiner Wiederherstellung behandelt und verpflegt, wodurch ziemlich bedeutende Kosten entstanden. Da mit Baden ein Vertrag wegen gegenseitiger unentgeltlicher Behandlung und Unterstützung armer Angehöriger besteht, so konnte von einer Reklamation der von der Gemeinde B. getragenen Kosten gegen Baden nicht die Rede seyn. Dagegen glaubte die Gemeinde B. den Ersatz dieser Kosten von der Gemeinde S. deßhalb verlangen zu können, weil der Unglücksfall auf ihrer Markung geschehen sey, sie somit für die Unterbringung, Herstellung und Verpflegung des Dienstknechts zu sorgen gehabt hätte. Die Kreisregierung hielt aus diesem Grunde auch die Gemeinde S. für verpflichtet, diese Kosten zu bezahlen. Auf hiegegen erhobene Beschwerde entschied aber das Ministerium und der K. Geheimerath für die Verbindlichkeit der Gemeinde B.,

Digitized by Google

diese Kosten auf sich zu leiden, weil die Kastenordnung vom 2. Januar 1615 (Kap. II. §. zum siebenten), ohne zu unterscheiden, ob der Dienstbote sich auf der Gemeindemarkung befinde oder nicht, zunächst von der Familie, der er angehöre, Hilfeleistung gewärtige und hiernach bezüglich dessen, was sie weiter bestimme, keinen andern Sinn haben könne, als daß, wenn von dieser Seite keine Unterstützung erfolge, die größere Familie, die Gemeinde, die den Erkrankten als zeitlichen Genossen zugelassen habe und auch ihrerseits in Fällen der Noth seinen Beistand in Anspruch nehme, für denselben aus ihren Mitteln Sorge zu tragen verpflichtet sey, wie denn auch die gleiche Auffassung der Gesindeordnung für Stuttgart vom 27. Okt. 1819 zu Grund liege.

XXXV. (Entsch. v. 10. Juli 1860.)[10] Die Wittwe S. in G. hatte in den Jahren 1840/43 mehrfache Unterstützungen von der Stiftungspflege in G. erhalten, insbesondere ein wöchentliches Almosen in Geld und Brod, ohne daß wegen einer etwaigen Rückforderung ein Vorbehalt gemacht worden war. Als dieselbe in günstigere Vermögensumstände kam, glaubte der Stiftungsrath in G. die Unterstützungen zurückersetzt verlangen zu können. Er wurde aber mit diesem Ersatzanspruch von dem Ministerium und dem K. Geheimenrathe abgewiesen, weil 1) die der S. gereichten wöchentlichen Almosen unter die Kategorie der in dem zweiten Kapitel der Kastenordnung vom 2. Januar 1615 erwähnten Unterstützungen gehören, welche ohne Hoffnung „der Erstattung und Wiedergebens" zu reichen sind, bei welchen also im Gegensatz zu denjenigen Fällen, wo die Kastenordnung von einem „Leihen und Fürsetzen auf Wiedergeben", von „angeheffter Vermahnung der Wiedergeltung", von „Leistungen auf Wiedergelten" spricht, eine Ersatzleistung nicht in Aussicht genommen ist; 2) das herzogliche Rescript vom 27.

[10] Diese Entscheidung ist ausführlich mitgetheilt in diesem Archiv Bd. 4, S. 392 ff.

Digitized by Google

August 1717 nicht zu Gunsten des erhobenen Anspruchs, sondern in seinen Konsequenzen eher für das Gegentheil spricht; 3) ein solches Rückforderungsrecht auch nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt, weil die aus reiner Mildthätigkeit gemachten Leistungen, wie die eigentlichen Almosen, ohne besondere Stipulation nicht zurückgefordert werden können, soferne nicht in analoger Weise Gründe nachgewiesen werden, die zum Widerruf einer Schenkung berechtigen, und die in Folge gesetzlicher Verpflichtung gereichten Unterstützungen nur dann zurückgefordert werden können, wenn die Leistung irrthümlich in Ermanglung genügender Gründe erfolgt ist, eine spätere Aenderung der Vermögensverhältnisse aber hiebei nicht in Betracht kommen kann; 4) ein Vorbehalt des Rückersatzes in dem vorliegenden Fall nicht gemacht wurde, derselbe aber nicht als stillschweigend verabredet angenommen werden kann, zumal der Stiftungsrath bei anderen Unterstützungen sich die Rückforderung ausdrücklich vorbehalten hat und eben so wenig deßhalb von einer Observanz oder einem Ortsstatut die Rede seyn kann, das den Stiftungsrath zur Rückforderung berechtigte; 5) nach den Stiftungsbestimmungen die Almosen- und Kirchenpflege von G. zur Verabreichung von Almosen, insbesondere zur Unterstützung armer Wittwen mit Brod und Geld bestimmt ist und in Ermangelung einer gegentheiligen Bestimmung angenommen werden muß, daß diese Almosen nach dem Willen des Stifters als solche und nicht als Darlehen oder Vorschüsse angesehen werden sollten.

XXXVI. (Entsch. v. 29. Mai 1856.) In S. des Pfarrverwesers A. von Z. c. die Gemeinde Z., Anspruch auf bürgerliche Nutzungen betr., wurde der auf das Bürgerrechtsgesetz Art. 52 gegründete Anspruch der Pfarrstelle Z. auf die Theilnahme an den bürgerlichen Nutzungen von dem Ministerium und dem K. Geheimerathe unter Verfällung der Pfarrstelle in Kosten und Sporteln, abgewiesen, weil a) die Pfarrstelle unbestritten seit ihrem

Digitized by Google

Bestehen nie in dem Genusse derselben gewesen ist; b) zwar die große Kirchenordnung von 1559 und die Cynosura ecclesiastica von 1687, Kap. 8 den evangelischen Kirchendienern Antheil an den Gemeindenutzungen gleich den Bürgern einräumt, dieß jedoch nur als Ausfluß des denselben zugestandenen Quasi- oder Ehrenbürgerrechts anzusehen ist; c) dieses Ehrenbürgerrecht durch das Bürgerrechtsgesetz vom 15. April 1828, Art. 1, 45 und durch das Bürgerrechtsgesetz vom 4. Dez. 1833, Art. 1, 49 (Motive zu Art. 46 des Gesetzesentwurfs von 1828) aufgehoben worden ist, und d) der Art. 48 resp. Art. 52 dieser beiden Gesetze, welche gleichlautend bestimmen, daß der Antheil an den Gemeindenutzungen, der den Kirchendienern vermöge ihrer Aemter zusteht, als Theil des Einkommens ihrer Stellen so lange fortzureichen sey, als die betreffende Nutzung für die Gemeindeglieder selbst besteht, nach der Ueberschrift des Artikels und nach den dem Gesetze vorangegangenen Verhandlungen nur den bis zum Jahre 1828 im Genusse solcher Nutzungen gestandenen Kirchenstellen die fernere Theilnahme an denselben wahren wollte, diese Voraussetzung aber bei der Pfarrstelle Z. nicht zutrifft.

XXXVII. (Entsch. v. 7. April 1856.) In S. des Th. M. v. S. c. die Gemeinde S., Eintritt in bürgerliche Nutzungen betreffend, wurde ausgesprochen, daß, wenn der Art. 6 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 bestimme, daß als Rekurs nur die Beschwerde gegen das Erkenntniß einer Staatsbehörde zu betrachten sey, hiedurch der Begriff des Rekurses, wie er in anderen Gesetzen, z. B. dem Bürgerrechtsgesetze, normirt sey, nicht habe geändert werden wollen und daher auch, wie fernerhin, bei der Beurtheilung der Zulässigkeit eines Rekurses nach Maßgabe dieser Gesetze die Begriffsbestimmung des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 nicht zu Grund zu legen sey.

XXXVIII. (Entsch. v. 26. Jan. 1858.) In S. des Schreiners L. von S. c. die Gemeinde S. wurde ausgesprochen,

Digitized by Google

daß der Tag des Eintritts des L. in die Reihe der aktiven Bürger und nicht der Tag der Geltendmachung seines Anspruchs für die Reihenfolge, in welcher er an den bürgerlichen Nutzungen theilzunehmen habe, entscheidend sey, weil nach Art. 46 und 62 des Bürgerrechtsgesetzes der Eintritt eines Gemeindebürgers in den Genuß der mit dem Aktivbürgerrecht verbundenen Rechte mit der selbstständigen Niederlassung begründet ist, ohne daß es hiezu einer besonderen Aufnahme oder der Entrichtung einer Gebühr oder eines sonstigen Akts bedürfe.

XXXIX. (Entsch. v. 7. Sept. 1858.) In S. des A. W. von L. c. den Gemeinderath daselbst wurde ausgesprochen, daß dem W. das Recht zum Fortbezug der bürgerlichen Nutzungen nicht zustehe, da er seit drei Jahren in Paris wohne, wo er ein Haus mit vollständiger Einrichtung besitzt und abgesehen von der Frage, ob er nach seiner erfolgten Verehelichung mit einer Pariserin je an seine Rückkehr nach L. denke, nach seiner nun über drei Jahre dauernden Verlegung seines Aufenthalts nach Paris jedenfalls über die Dauer seiner Abwesenheit nach Art. 64 des Bürgerrechtsgesetzes der Theilnahme an den bürgerlichen Nutzungen verlustig gehe, da aus dem Art. 65 und 12 des Bürgerrechtsgesetzes sich ergebe, daß hiezu eine Wohnsitznahme im streng rechtlichen Sinn nicht erfordert werde.

XL. (Entsch. v. 2. Nov. 1858.) In S. des Schneiders S. von R. c. die Gemeinde daselbst, Anspruch auf bürgerliche Nutzungen betreffend, wurde angenommen, daß der Schneider S. zur Theilnahme an den bürgerlichen Nutzungen berechtigt sey, weil er das Schneidergewerbe auf eigene Rechnung betreibt, eigene Güter im Meßgehalt von 1 Morgen 9½ Ruthen besitzt, die er für sich bebaut, und der Umstand, daß er gegen ein Kostgeld im Betrage von jährlichen 25 fl. bei seiner Mutter lebt, der Annahme, daß er auf eigene Rechnung selbstständig lebe, deßhalb nicht im Wege stehe, weil der geringere Betrag

Digitized by Google

des Kostgeldes sich daraus erkläre, daß S. einen nicht unbedeutenden Theil des Jahres auswärts in sogenannten Kundenhäusern arbeitet, wo er die Kost bekommt, sonach der Verköstigung seiner Mutter nicht bedarf, zum Leben auf eigene Rechnung aber das genüge, daß man seinen Lebensunterhalt nicht wesentlich Anderen verdanke.

XLI. (Entsch. v. 23. Aug. 1859.) In S. des Sattlers F. von K. c. die Gemeinde K. wurde ausgesprochen, daß den einzelnen Gemeindegenossen in Ermangelung eines besonderen Rechtstitels ein Einspracherecht gegen einen Beschluß der bürgerlichen Kollegien, der die Gemeindenutzungen aufhebt, nicht zustehe, und daß eben deßhalb auch in der hierüber entstandenen Beschwerdesache das Gesetz vom 13. Nov. 1855 keine Anwendung finde.

XLII. (Entsch. v. 8. Mai 1860.) Der gleiche Grundsatz, wie sub. XLI., wurde ausgesprochen in S. B. v. B. c. die Gemeinde daselbst und hiebei zugleich bestimmt, daß, da der Art. 49 des Bürgerrechtsgesetzes nur die wirklich zur Vertheilung kommenden Nutzungen im Auge habe, die Ortsbehörden aber weder durch ein jus quaesitum eines neu eintretenden Aktivbürgers, noch durch ein Gesetz gehindert seyen, einen Theil der bisher unter die Bürger vertheilten Nutzungen zeitlich oder bleibend dem Genuß zu entziehen und die dadurch gewonnenen Revenuen für die Zwecke der Gemeinde zu verwenden, ihnen vielmehr durch das Verw. Ed. §. 53 ausdrücklich vorbehalten sey, hinsichtlich der Schmälerung oder Aufhebung der bürgerlichen Nutzungen, insbesondere der Allmanden, Beschluß zu fassen, B. als neu eintretender Aktivbürger durch den Beschluß der bürgerlichen Kollegien, zur Abbezahlung einer Gemeindeschuld die heimfallenden Allmandtheile nicht wieder abzugeben, sondern zum Besten der Gemeinde zu verpachten, nicht beschwert sey.

XLIII. (Entsch. v. 28. Juli 1857 und 3. Juli 1859.) In S. des Schuhmachers E. L. von U. c. den Gemeinderath daselbst und des M. S. von M. c. den Gemeinderath

Digitized by Google

G., Verehelichung betreffend, wurden die von den Beschwerdeführern erhobenen materiellen Nichtigkeitsbeschwerden unter Verfällung derselben in die Kosten und Sporteln verworfen, weil nach dem Gesetze vom 13. Nov. 1855, Art. 14, dessen Bestimmungen nach Art. 18 auch auf Verehelichungsstreitigkeiten Anwendung finden, die Nichtigkeitsbeschwerde nur wegen formeller Mängel des Verfahrens stattfindet.

B. Entscheidungen über Nachdrucksklagen.

I. (Entsch. v. 20. Okt. 1856.) In dem Verlag von Gebrüder Sch. in St. ist ein Bilderbuch mit Versen unter dem Titel „Jugendlust im Freien" erschienen. Von Ch. in St. wurde ein „kleines Bilderbuch Nr. 5", das angeblich einen Theil einer größeren Sammlung bildet, herausgegeben, bei welchem die Bilder des erstgenannten Buches, jedoch mit mehreren Modifikationen hinsichtlich des Kolorits und der Anordnung der Figuren wesentlich benützt, dabei aber keine Verse beigegeben wurden. Die Gebrüder Sch. klagten gegen Ch. wegen Nachdrucks auf Ersatz des Ladenpreises von 36 kr. für die verkauften Exemplare. Bei der Verhandlung der Sache berief sich Ch. darauf, daß er die Bilder in 2000 Abdrücken um den Preis von 133 fl. 20 kr. von einem Lithographen erkauft habe. Der Letztere bestätigte das mit dem von Gebrüder Sch. widersprochenen Zusatze, daß er von Sch. die Erlaubniß hiezu erhalten habe. Die Kreisregierung erkannte auf Abweisung der Klage, weil das Buch des Ch. unter anderem Titel, mit mehrfachen mehr oder minder wesentlichen Veränderungen, die mehr als bloß mechanische Fertigkeit erfordern, herausgegeben worden sey, weil ferner der Absatz des Ch. den Absatz der Gebrüder Sch. nicht habe beeinträchtigen können, auch der als wesentlicher Bestandtheil des Sch.'schen Buches erscheinende Text weggelassen worden sey und hiernach das Ch.'sche Buch unter die in Ziff. 7 des Gesetzes vom 25. Febr. 1815 nicht für Nachdruck erklärte Umar-

Digitized by Google

beitung des Originals und eines Auszugs aus demselben falle. Auch das Ministerium des Innern wies die Klage ab, weil, abgesehen von der Frage, ob bei derartigen Kinderbildwerken überhaupt von einem Anspruch auf Originalität die Rede seyn könne, bei dem angefochtenen Buche keine rein mechanische Nachbildung stattgefunden habe, vielmehr in Zeichnung und Kolorit nicht unwesentliche Formveränderungen vorgenommen worden seyen, welche den neuen Bildern den Charakter eines eigenen Erzeugnisses verliehen haben.

II. (Entsch. v. 20. Okt. 1856.) Der Buchdrucker H. in St. hatte schon im Jahre 1840 unter der Herrschaft des Gesetzes vom 17. Oktober 1838 einen Nachdruck der vor dem 1. Januar 1818 erschienenen ersten Auflage der Uhland'schen Gedichte veranstaltet. Die Verlagsbuchhandlung glaubte hiegegen wegen Nachdrucks Klage erheben zu können, wurde aber mit derselben im Jahre 1846 abgewiesen, weil die nachgedruckten Gedichte in den Jahren 1815 und 1817 erschienen seyen und sonach den Schutz des Gesetzes vom 17. Okt. 1838 nicht anzusprechen hatten, der Umstand aber, daß ihr Inhalt mit späteren Ausgaben Uhland'scher Gedichte identisch sey, nach §. 7 und 8 des Gesetzes vom 25. Febr. 1815, hieran nichts ändere. Dadurch, wie es scheint, kühn gemacht, veranstaltete H. im Jahre 1848 einen weiteren Abdruck der früheren Ausgabe von 2000 Exemplaren, die er jedoch mit der Jahreszahl 1840 versah. Die Verlagsbuchhandlung erhob hiegegen Klage wegen Nachdrucks, welcher der Beklagte die Einwendung entgegenhielt, daß auch nach dem Gesetz vom 24. Aug. 1845 vor dem 1. Jan. 1818 erschienene Werke keinen Schutz gegen den Nachdruck anzusprechen haben. Diese Einrede wurde jedoch sowohl von der Kreisregierung, als dem Ministerium des Innern verworfen und der Buchdrucker H. des Nachdrucks für schuldig und zur Ersatzpflicht an die Verlagsbuchhandlung für verbunden erklärt, weil es nach der

Digitized by Google

Fassung der Art. 1 und 3 des Gesetzes vom 24. August 1845 und nach den ständischen Verhandlungen (Verh. d. K. d. Abg. v. 1845, Bd. X. S. 1571 und Komm.-Ber. S. 1569) keinem Zweifel unterliege, daß der auf die Dauer des Lebens und 30 Jahre nach dem Tode dem Verfasser verliehene Schutz seiner Werke gegen den Nachdruck auch den vor dem 1. Januar 1818 erschienenen Werken zukomme.

III. (Entsch. v. 29. Dez. 1857.) Im Verlage von P. Q. war unter dem Titel „Sonntagsfreude für die christliche Jugend" eine mit Titelvignette versehene Zeitschrift erschienen. Zerwürfnisse mit dem Redakteur veranlaßten den Letzteren, auszuscheiden, und derselbe gab nun mit gleicher Titelvignette und Format unter dem Titel „Sonntagsfreude für die katholische Jugend" eine Wochenschrift heraus. Der Verleger der früheren Zeitschrift, P. Q., glaubte die Annahme der gleichen Titelvignette als unerlaubten Nachdruck verfolgen zu können, wurde aber von der Kreisregierung wie von dem Ministerium des Innern mit diesem Anspruch abgewiesen, weil die Titelvignette nicht als selbstständiges, unter den Schutz gegen Vervielfältigung fallendes Kunsterzeugniß, sondern nur als untergeordneter Bestandtheil einer periodischen Druckschrift erscheine, die beiden Wochenschriften aber einen verschiedenen Inhalt haben.

IV. (Entsch. v. 24. Jan. 1859.) In S. E. K. c. V. kam die Frage zur Erörterung, ob der Abdruck einer unterhaltenden Erzählung aus einer für solche bestimmten Wochenschrift A in einem Tagblatte B als Nachdruck anzusehen sey. Die Frage wurde in allen drei Instanzen, von der Kreisregierung, dem Ministerium des Innern und von dem K. Geheimenrath verneint, zum Theil jedoch aus verschiedenen Gründen. Die Kreisregierung wies die Klage ab, weil die Wochenschrift A ein Sammelwerk sey, während bei dem Tagblatt B Erzählungen nur eine Beigabe bilden, beide Blätter einen ganz verschie-

Digitized by Google

denen Leserkreis haben, dem Verleger von A durch die Aufnahme der Erzählung kein Schaden zugegangen seyn könne, der Abdruck derartiger Artikel nach allgemeiner Uebung und nach §. 7 des Gesetzes vom 25. Febr. 1815 Ziff. 7 zulässig sey. Das Ministerium des Innern entschied abweisend, weil die Verlagshandlung der Wochenschrift bei dem Abdrucke der Erzählung in derselben einen ausdrücklichen Vorbehalt wegen des dem Verleger zustehenden unbeschränkten Eigenthumsrechts und des Rechts zur Veranstaltung besonderer Abdrücke nicht gemacht habe, überdieß aber bei der verschiedenen Aufgabe und dem verschiedenen Leserkreis beider Blätter nicht anzunehmen sey, daß dem Blatte A durch den Abdruck der Erzählung in dem Blatte B eine dem Absatz des ersteren nachtheilige Konkurrenz gemacht wurde, und hiernach eine wesentliche Voraussetzung des Gesetzes vom 25. Febr. 1815 nicht zutreffe. Der K. Geheimerath erkannte abweisend, weil nach Ziff. 7 des Gesetzes vom 25. Febr. 1815 bei dem Abdruck aus einem Sammelwerk das Nachdrucksverbot nicht zutreffe und der Berücksichtigung der Klage überdieß das mangelnde rechtliche Interesse im Wege stehe, weil der Kläger von dem Wiederabdruck der Erzählung aus seiner, belehrende Unterhaltung bezweckenden Wochenschrift in einem, ganz anderen Interessen dienenden Blatte eine, den Vertrieb der Wochenschrift oder der betreffenden Nummern beeinträchtigende Konkurrenz nicht habe besorgen dürfen.

V. (Entsch. v. 14. April 1857.) In S. E. B. von D. c. S. S. in St. wurde ausgesprochen, daß die Nachbildung eines Stahlstichs in anderem Formate nach einem Kupferstich oder Gemälde dann nicht als strafbarer Nachdruck im Sinne des Gesetzes (Ziff. 5 des G. R. v. 25. Febr. 1815 und Ges. v. 17. Okt. 1838) anzusehen sey, wenn die Nachbildung so wesentliche Unterschiede zeige, daß sie dem Verleger des Kupferstichs in dem Verkauf des letzteren keinen Abbruch thun könne, da es in dem

Digitized by Google

Sinne des Gesetzes liege, daß bei Abweichungen von dem Originale, durch welche die Konkurrenz im Handel als ausgeschlossen zu betrachten sey, die neue Hervorbringung nicht als unerlaubte Vervielfältigung erscheine.

VI. (Entsch. v. 20. Sept. 1858.) Der gleiche Grundsatz, wie sub V., wurde ausgesprochen in S. K. von D. c. den Photographen L., der eine im Verlag von K. erschienene Lithographie photographisch in kleinerer Dimension nachgebildet hatte.

C. Mühl- und Wasserbaustreitigkeiten.

I. (Entsch. v. 16. Juni 1856.) Im J. 1852 führte die Gemeinde N. für sich und ohne die vorherige Kognition einer Behörde die Korrektion des auf ihrer Markung gelegenen in den Kocher mündenden Nebenflüßchens aus. Im September 1853 erhob der Müller F. gegen diese Korrektion deßhalb Einsprache, weil es nun nicht mehr möglich sey, ihm im Falle eines Bauwesens an der Mühle des Müllers X. das Wasser des Kochers mittelst des Bettes des Nebenflüßchens zukommen zu lassen, was seither durch einen kleinen Erddurchstich ermöglicht war. Da jedoch nach technischem Urtheil wohl Einrichtungen getroffen werden können, um die Zuführung des Wassers für die Mühle des F. möglich zu machen, so ertheilte die Kreisregierung der ausgeführten Korrektion nachträglich die Genehmigung. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde vom Ministerium und Geheimenrath, von letzterem unter Verurtheilung des F. in die Kosten und Sporteln verworfen, weil a) dem F. ein Recht zur Benützung des Wassers des Nebenflüßchens nach seiner eigenen Einräumung nicht zustehe, b) eine rechtliche Verpflichtung des Müllers X. im Fall eines Bauwesens an seiner Mühle das Wasser des Kocherflusses durch das alte Bett des Nebenflüßchens dem Müller F. zukommen zu lassen, von dem F. nicht nachgewiesen worden, c) nach Analogie des Punkt XIII. der Mühlordnung von 1729 der Müller

Digitized by Google

X. im Falle eines Bauwesens an seiner Mühle zwar verbunden sey, das erforderliche Betriebswasser der Mühle des F. unaufgehalten zukommen zu lassen, bei der Ertheilung der Genehmigung der Korrektion aber dem Müller F. ausdrücklich vorbehalten worden sey, im Falle eines Bauwesens an der Mühle des X. die erforderlichen Vorschriften zur Sicherung des ungehinderten Wasserzuflusses für seine Mühle zu beantragen, und ein anderer Weg, dem Müller F. in diesem Falle gerecht zu werden, vorhanden sey.

II. (Entsch. v. 28. Juli 1856.) In S. der von N.'schen Gutsverwaltung c. die Holzhändler X. und Gen. kam die Frage zur Erörterung, ob für das Verflößen sogen. eichener Schollen die für die Langholzflöße regulirten Abgaben gleichfalls zu bezahlen seyen. Auf dem Neckar wird die Schollenflößerei erst seit etwa 10 Jahren betrieben. Während die tannenen Langholzflöße 11—1200 Fuß lang sind, dürfen die eichenen Schollen nach der Ministerialverfügung vom 26. März 1856 höchstens eine Länge von 80—120 Fuß haben, während ihre Breite auf 14—15 Fuß normirt ist, was auch die Breite vieler Langholzflöße bildet. Die eichenen Schollen müssen außerdem mit Tauen und einem Steuerruder versehen seyn. Das Ministerium nahm nun an, daß die Schollen zwar nicht, wie die Holzhändler X. und Gen. behaupten, den Schiffen gleich zu achten seyen, daß sie aber, da sie nach der Länge, wie nach der Art und Weise ihrer Konstruktion und Ausrüstung von den Langholzflößen wesentlich abweichen, ebensowenig den Langholzflößen gleich gestellt werden können, und deßhalb, da die auf einem besonderen Privilegium beruhenden Floßabgaben strikte zu interpretiren seyen, die Befugniß zur Erhebung der Abgabe nicht auf sie ausgedehnt werden könne. Der K. Geheimerath, an den sich die Gutsverwaltung im Beschwerdeweg wandte, sprach dagegen aus, daß die sog. Eichenschollen, wenn auch hinsichtlich der Art ihrer Konstruktion und Aus-

Digitized by Google

rüstung, namentlich insofern sie nicht aus mehreren Gestören bestehen, zwischen denselben und den sonst gewöhnlichen Langflößen einige Verschiedenheit stattfinde, doch ihrem ganzen Wesen nach nur in die Kategorie der Flöße, nicht in die der Schiffe gerechnet werden können, da sie keinen zum Transport von Waaren oder Menschen bestimmten hohlen Körper bilden, sondern aus massenhaften Holzstämmen bestehen, welche gerade zu dem Zweck in das Wasser gelegt werden, um dieses Holz selbst besser stromabwärts zu bringen, wie denn auch die Schollen in den Ministerialverfügungen vom 8. Febr./3. Mai 1849 und 26. März 1856 Flöße genannt und als solche behandelt werden. Demgemäß wurde die Gutsverwaltung für berechtigt erkannt, die ihr zustehende Durchlaßabgabe (die in 6 Brettern von einem Floße besteht) in dem von ihr selbst auf 3 Bretter ermäßigten Betrage zu erheben.

III. (Entsch. v. 29. Nov. 1858.) Der Müller P. hatte gegen die dem Oelmüller B. ertheilte Erlaubniß, seine Gipsmühle auszubrechen und an ihrer Stelle eine Gerste-rundelmühle mit zwei Gängen auf den Handel errichten zu dürfen, deßhalb Einsprache erhoben, weil er behauptete, daß er in seinem Betrieb dadurch deßhalb beeinträchtigt werde, weil der Oelmüller B. genöthigt werde, zum Betrieb der neuen Einrichtung das Wasser zu stauen. Da sich dieß jedoch nicht als gegründet erwies, wurde die Beschwerde gegen die von der Regierung ertheilte Konzession abgewiesen, der Streit aber nicht unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 gestellt. Dagegen sprach der K. Geheimerath, an den P. beschwerend sich wandte, aus: daß es sich bei dem Streit um die Anwendung einer Bestimmung der Gewerbeordnung (Art. 4, lit. d) handle, sonach eine Gewerbestreitigkeit vorliege, für welche die Art. 161—163 der Gewerbeordnung maßgebend seyen, weßhalb der P. von seinem Rekursrecht bereits Gebrauch gemacht habe, ein weiterer Rekurs unstatthaft sey. Demgemäß wurde der Rekurs formell unter Verfällung des

Digitized by Google

Rekurrenten in die Sporteln verworfen. Das Ministerium hatte angenommen, daß der Streit nicht unter das Gesetz vom 13. Nov. 1855 falle, weil bei einer Beschwerde gegen eine von der Behörde in ihrer Zuständigkeit ertheilte Konzession nicht der Konzessionirte, sondern die in ihrer Zuständigkeit handelnde Behörde dem Beschwerdeführer gegenüberstehe; ebensowenig hielt es die Formalien und Fatalien des Rekurses in Gewerbestreitigkeiten für anwendbar, wie sich dieß aus der Ministerialverfügung vom 9. Sept. 1854, §. 1, Ziff. 4 und §. 8 ergebe, indem hier für den Fall, daß es sich bei wasserpolizeilichen Konzessionen von angeblich bedrohten Interessen handelt, eine Rekursfrist von 15 Tagen festgesetzt wird.

IV. (Entsch. v. 28. Febr. 1859.) In S. der Pfarrstelle A. c. die Gemeinde daselbst wurde in allen Instanzen die Unzuständigkeit der Administrativbehörden zur Entscheidung darüber ausgesprochen, ob der Pfarrstelle das Recht zustehe, einen Theil des auf der sog. Weihergasse (einem der Gemeinde gehörigen Dorfwege) abfließenden Regen-, Schnee- und Brunnenabwassers mittelst Graben auf die angrenzende Pfarrwiese zu leiten, weil nach den bestehenden Bestimmungen (Instruktion für die Kreisregierungen §. 17 a, Ziff. 9, K. Verordnung vom 28. Juni 1823, §. 7, Ziff. 20) nur die Streitigkeiten über die Benützung öffentlicher Gewässer von den Regiminalbehörden zu entscheiden seyen, Wasser jedoch, welche keinen stetigen Lauf haben, sondern nur zu gewissen Zeiten fließen, nicht zu dieser Kategorie gehören. Zugleich wurde angenommen, daß Erkenntnisse über die Unzuständigkeit der Administrativjustizstellen als Endentscheidungen im Sinne des Art. 16 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 zu besporteln seyen.

V. (Entsch. v. 23. Aug. 1859.) In S. des Mahlmüllers G. c. den Sägmüller B. wurde angenommen, daß dem Sägmüller B. das Recht zustehe, ohne eine Wechselfalle herzustellen, beim Beginn eines neuen Schnitts zur Ge-

Digitized by Google

winnung der hiezu erforderlichen höheren Wasserkraft beide Fallen zuzustellen, daß aber diese Wasserschwellung höchstens 5 Minuten dauern dürfe. Motivirt wurde die Entscheidung damit, daß 1) die Vorschrift der Mühlordnung, Pkt. 17, wornach den Mahlmüllern auch bei kleinem Wasser gestattet ist, ihre Schutzbretter so lange zuzustellen, bis sie ihren Stein gehauen, nach dem übereinstimmenden Urtheil sämmtlicher Techniker auf die Sägmühlen in der Weise zu übertragen ist, daß der Sägmüller insolange zustellen darf, bis er den Klotz zu einem neuen Schnitte vorgelegt hat und daß 2) bei Sägmühlen die allgemeine Uebung besteht, daß die Sägefalle und die Leerlauffalle so lange gleichzeitig gestellt bleiben, bis der den Sägeklotz tragende Wagen nach dem jedesmaligen Schnitte wieder an das Sägeblatt zurückgeschoben oder ein neuer Klotz vom Boden in das Mühlgebäude aufgezogen ist, wozu nach technischem Urtheil 5 Minuten erforderlich sind; 3) daß die Errichtung einer Wechselfalle bei dem geringen Wassergefäll die Möglichkeit eines Betriebs des Werks des B. in Frage stellen würde.

VI. (Entsch. v. 17. Jan. 1860.) In S. des Tuchfabrikanten M. c. den Müller K. und Rothgerber H., Wasserwerkstreit betreffend, hatte das Ministerium des Innern im Verwaltungswege verfügt, daß 1) die Beschwerde des M. gegen die Auflage der Kreisregierung, die von ihm eigenmächtig zwischen seinem Fachbaum und Wasserrad eingesetzte Pritsche zu entfernen, sowie sein eventuelles Gesuch um Gestattung dieser Pritsche wegen des dadurch den beiden anderen Werkbesitzern zugehenden Nachtheils zurückzuweisen sey; 2) seiner Bitte um anderweitige Regulirung seiner Wasserkraft durch Gestattung der Erhöhung seiner Leerlauffalle keine Folge zu geben sey, weil a) ein Untergangsprotokoll vom 16. Aug. 1834, auf welches er sich für seinen Anspruch berufen hatte, lediglich den faktischen Zustand konstatire, in dem sich sein Werk nach den von seinem Vorgänger eigenmächtig vor-

Digitized by Google

genommenen Veränderungen befunden habe, und es weder in der Absicht noch in der Befugniß des Untergangs gelegen habe, diese eigenmächtigen Veränderungen hiedurch zu legalisiren, b) sein Vorgänger den zur Abstellung dieser Veränderungen von der Kreisregierung unterm 2. Juni und 9. Dez. 1842 getroffenen Verfügungen sich unterworfen und bei denselben sich beruhigt habe; c) seine Einwendungen gegen die Statthaftigkeit des Werks des Rothgerbers H. sich als ungegründet erwiesen haben, da nach den Akten die Einrichtung desselben durchgängig auf Konzessionen der zuständigen Behörden — letztmals vom 4. Juni 1850 — beruhe, wobei zwar der Vorgänger des M. gegen die letztere protestirt, nach der Eröffnung der ertheilten Konzession an ihn aber keine weitere Beschwerde erhoben habe; 3) seine Bitte um Verlängerung der Radrinne seines Wasserrads in die Instanz des Oberamts zu verweisen sey.

Gegen diesen Bescheid wandte sich der Tuchfabrikant M. im Beschwerdeweg an den K. Geheimenrath, der den Streit als Administrativjustizsache behandelte, die Beschwerde übrigens abwies, weil M. 1) ein Recht auf den Bestand der von ihm angebrachten Pritsche nicht nachgewiesen habe, 2) seine Beschwerde wegen der Abweisung seines Gesuchs um Regulirung seiner Wasserkraft ungegründet sey, nachdem sich sein Vorfahrer bei den von der Kreisregierung unterm 2. Juni und 9. Dezember 1842 getroffenen Verfügungen beruhigt und nach dem Kaufvertrag vom 3. Sept. 1816 sein Besitzthum an ihn nur mit der bestehenden Wasserkraft verkauft habe, jedenfalls aber die fraglichen Verfügungen von der Kreisregierung auf den Grund vorheriger Untersuchung zur Abwendung des durch Eigenmächtigkeiten seines Vorgängers für die anderen Werkbesitzer entstandenen Schadens getroffen worden seyen und ihm der Nachweis eines durch die fraglichen Regierungsverfügungen verletzten Rechts in seinem Wasserwerksbetriebe nicht gelungen sey; 3) seine Einwendungen gegen die Konzession des H. jeden Rechts und jeden Grunds entbehren.

Digitized by Google

VII. (Entsch. v. 14. Febr. 1860.) In S. des Müllers S. gegen die Gemeinde U. wurde ausgesprochen, daß eine öffentlich rechtliche Verpflichtung des Müllers S., das Bett des E.flüßchens auf der angesprochenen Strecke zu reinigen, nicht vorliege, weil es sich nicht von einem Mühlgraben oder Mühlbache, sondern von einem öffentlichen Flusse auf dieser Strecke handle, sonach Pkt. 9, 10, 12 der Mühlordnung vom 10. Januar 1729 hier keine Anwendung finde, nach den Aussagen der Zeugen, wie den Einträgen in den Gemeinderechnungen aber ebensowenig ein den Müller hiezu verpflichtendes Herkommen nachgewiesen sey. Dagegen wurde der Gemeinde vorbehalten, ihren Anspruch auf die Beiziehung der anstoßenden Güterbesitzer zur Reinigung des E.betts im Instanzenweg bei dem Oberamt geltend zu machen.

VIII. (Entsch. v. 29. März 1860.) In S. des Müllers F. c. die Sägmüller S. und K. hatte das Ministerium eine den Letzteren ertheilte Konzession zum Schwellen des Wassers im N.bache unter den von den Technikern zur Sicherung des Betriebs der Mühle des F. erforderlichen Bedingungen im Verwaltungswege bestätigt, dagegen die Kosten der Untersuchung als durch Konzessionsgesuch der Sägmüller S. und K. veranlaßt den Letzteren zugeschieden. Gegen die Bestätigung der Konzession beschwerte sich der Müller F. bei dem K. Geheimenrath, indem er behauptete, durch dieselbe in seinem Wasserrecht beeinträchtigt zu seyn, wogegen die Sägmüller S. und K. gegen die Kostenzuscheidung sich beschwerten. Es wurden aber beide Theile unter Vergleichung der Sporteln mit ihren Beschwerden aus den Gründen des Ministeriums abgewiesen.

IX. (Entsch. v. 20. Juni 1860.) In S. des Mahlmüllers C. B. in U. c. die Besitzer der Lohmühle daselbst wurde ausgesprochen, daß die Lohmühlebesitzer nicht gehindert werden können, die obere Oeffnung ihrer Radeingänge von $1_{,9}'$ auf $2_{,4}'$ zu erweitern, da die zuletzt bezeichnete

Digitized by Google

Weite ihnen nach einem Augenscheinsprotokoll von 1824 zustand, und der Umstand, daß sie bei einer Reparatur im Jahr 1839 diese Weite auf $1,_9'$ ohne eine ersichtliche Veranlassung freiwillig ermäßigt hatten, ihrem ursprünglichen Rechte keinen Eintrag thun konnte.

D. Wegstreitigkeiten.

I. (Entsch. v. 28. Jan. 1856.) In S. der Gemeindeparzellen E. und H., Gemeindebezirks E., Oberamts E., gegen die Staatsfinanzverwaltung wurde die Verbindlichkeit zum Schneebahnen auf den durch die Staatswaldungen Apfelbronn und Sägwald ziehenden Straßenstrecken den gedachten Parzellen unter Verfällung in die Kosten und Sporteln zugeschieden, weil die Waldungen den Markungen gedachter Parzellen einverleibt sind, doch denselben für den Fall ihrer behaupteten aber nicht näher nachgewiesenen Unvermöglichkeit, die Last in ihrem ganzen Umfang zu erfüllen, der Rückgriff auf die Gesammtgemeinde in Gemäßheit des dem Art. 5. Abs. 2. des Gesetzes vom 17. Sept. 1853. entsprechenden §. 5. des Ortsstatuts vorbehalten.

II. (Entsch. v. 31. März 1856.) In S. der Gemeinde G. c. die Gemeinde H., die Benützung eines öffentlichen Güterwegs zur Holzfuhr aus einem außerhalb der Markung gelegenen Walde der Gemeinde G. betr., wurde angenommen, daß, da öffentliche Güterwege zunächst nur für das Bedürfniß der Gemeindemarkung bestimmt seyen, die Gemeinde G. einen besonderen Titel für die Benützung der Wege als Holzabfuhrwege für ihren Wald nachzuweisen habe. Da ihr der hiefür angetretene Beweis mißlungen war, so wurde sie mit dem Anspruch, übrigens unter Vergleichung der Kosten und Sporteln, abgewiesen.

III. In S. der Staatsfinanzverwaltung c. die Gemeinde E., Oberamts B., Benützung des s. g. Schelmenwegs zur Holzabfuhr aus dem auf der Markung von E. gelegenen Staatswald „Unteres Bannholz" betr., wurde angenommen,

Digitized by Google

daß die Gemeinde nicht befugt sey, einem Markungsgenossen die Benützung eines öffentlichen Güterwegs, als welcher der Schelmenweg erscheine, zur Abfuhr der Erzeugnisse eines auf der Markung gelegenen und zu derselben steuernden Grundstücks zu untersagen, und demgemäß die Gemeinde E. für verpflichtet erkannt, der Staats-Finanzverwaltung die Abfuhr des Holzes aus dem genannten Walde auf dem bezeichneten Güterweg zu gestatten. Kosten und Sporteln wurden verglichen.

IV. (Entsch. v. 7. April 1856.) In S. der Gemeinde O. c. G., die Richtung des Wegs zwischen G. und K. betreffend, wurde ein Administrativjustizstreit deßhalb angenommen, weil je nachdem sich für die eine oder andere Richtung des Weges entschieden wurde, die eine oder die andere Gemeinde zur Baulast an dem Wege in der Eigenschaft eines öffentlichen Nachbarschaftswegs für verpflichtet zu erkennen war. Diese Anschauung wurde auch von dem K. Geheimenrath getheilt, indem derselbe die Beschwerde der Gemeinde O. über die Kompensation der Kosten und Sporteln des Streites unter Ansatz einer Sportel für die Rekurrenten zurückwies.

V. (Entsch. v. 11. Febr. 1856.) Ebenso wurde eine Administrativjustizsache angenommen in S. des Joseph S. von R. c. die Gemeinde O., Oberamts E., die Eigenschaft eines Weges durch den der Gemeindemarkung O. einverleibten fürstlich N.'schen Klosterwald betreffend, da der R.hofbesitzer den Weg als Nachbarschaftsweg für sich in Anspruch nahm, während die Gemeinde, worauf auch das Erkenntniß gieng, demselben nur die Eigenschaft eines öffentlichen Güterwegs zugestand.

VI. (Entsch. v. 5. Mai 1856.) Deßgleichen wurde der Anspruch der Einwohner von Z., Oberamts W., auf das Recht der Benützung einer Triebgasse über das Hofgut des J. S. von L., Gemeindebezirks B., Oberamts S., als einer öffentlichen Triebgasse zum Treiben des Viehs und eines öffentlichen Holzabfuhrwegs als Administrativ-

Digitized by Google

justizsache sowohl von dem Ministerium als von dem K. Geheimenrath, der übrigens nur desertorisch erkannte, behandelt, der Anspruch aber in Ermanglung eines Nachweises der Erwerbung des Rechts durch unvordenkliche Zeit zurückgewiesen.

VII. (Entsch. v. 26. Mai 1856.) Auf der Markung E., Oberamts W., führte früher von H. nach E. ein Fußweg über die Wiesen. Klagen über die ordnungswidrige Benützung dieses Fußwegs bestimmten den Gemeinderath in E., diesen Fußweg, im Interesse der Wiesenkultur abzustellen, und den Verkehr von H. nach E. theils auf die Staatsstraße theils auf einen neu hergestellten Fußweg zu verweisen, wodurch für die nach E. eingepfarrte Gemeinde H. ein Umweg von 372 Fuß entstand. Gestützt auf die seither seit Menschengedenken erfolgte Benützung des Fußwegs und das hieraus für die Gemeinde H. entstandene Recht auf denselben, sowie unter Geltendmachung des Umwegs und der größeren Beschwerlichkeit des Wegs auf der Landstraße nahm die Gemeinde H. die Fortbenützung des seitherigen Fußwegs und die Aufhebung des Verbots seiner ferneren Benützung für sich in Anspruch. Auf den Grund des durch unvordenkliches Herkommen für die Gemeinde H. erwachsenen Rechts erkannte das Oberamt und die Kreisregierung zu ihren Gunsten gegen die Gemeinde E. Auf von letzterer Gemeinde erhobene Beschwerde änderte jedoch das Ministerium dahin ab, daß ein öffentliches Hinderniß nicht bestehe, der Gemeinde E. die Sperrung (wohl richtiger Abstellung) des fraglichen Fußweges zu untersagen, weil, wenn auch der rechtliche Bestand des seitherigen Fußweges außer Zweifel stehe, die Eigenschaft eines öffentlichen Weges keine unveränderliche sey, vielmehr ein nach dem Erkenntniß der Staatsbehörde entbehrlicher Weg dem öffentlichen Verkehr entzogen werden könne, für den Verkehr aber durch die getroffene Einrichtung genügend gesorgt sey. Die von der Gemeinde H. hiegegen einge-

Digitized by Google

legte Beschwerde wurde von dem K. Geheimenrath verworfen, weil die Gemeinde H. einen ihr zustehenden besonderen Rechtsanspruch auf das Fortbestehen des streitigen Weges nicht geltend gemacht habe, in Ermanglung eines solchen aber der fragliche Weg nur als eine für öffentliche Zwecke dienende Gemeindeeinrichtung von E. erscheine und daher diese Gemeinde nicht daran gehindert werden könne, Aenderungen an derselben insoweit vorzunehmen, als dadurch die Zwecke, für welche der Weg diene, nicht erheblich beeinträchtigt werden. Letzteres treffe aber hier nicht zu. In den Instanzen des Oberamts- und der Kreisregierung war der Streit als Administrativsache behandelt worden, wogegen das Ministerium des Innern und der K. Geheimerath das Vorhandenseyn einer Administrativjustizsache annahmen.

VIII. (Entsch. v. 26. Mai 1856.) In S. der Gemeinde R. c. H., Herstellung einer Dohle über einen Bach betr., kam die Bedeutung der Einträge im Primärkataster und der Flurkarten für die Eigenschaft eines Wegs zur Sprache. In denselben war nämlich ein Weg von R. in die Mahl- und Sägmühle von H., welche letztere die Bewohner von R. zugestandenermaßen benützen, als Vicinalweg eingetragen. Gestützt hierauf nahm R. in Anspruch, daß ein auf dem Weg befindlicher Wassergraben, der schwererem Fuhrwerk beschwerlich sey, mittelst einer Dohle überbrückt werde. Der Anspruch wurde jedoch von der Kreisregierung und dem Ministerium unter Verfällung der Gemeinde R. in die Kosten und Sporteln abgewiesen, weil der ohne alle nähere Verhandlung und Untersuchung erfolgte Eintrag in die Flurkarten und das Primärkataster die rechtliche Eigenschaft des Wegs als eines bloßen Güterwegs nicht habe ändern können.

IX. (Entsch. v. 5. Okt. 1857 und 23. März 1858.) In S. des Straßenbauinstituts c. die Gemeinde Z., die Uebernahme der Verbindlichkeit der Unterhaltung s. g. Kameralstraßen betr., sprach der K. Geheimerath aus, daß Straßenstreitigkei-

Digitized by Google

ten in I. Instanz an die Oberämter gehören. Nach §. 69 i des Verwaltungsedikts sey die Straßenpolizei und nach der die V. organischen Edikte einleitenden Bekanntmachung vom 31. Dez. 1818 Pkt. II. die gesammte Polizei nach ihrem ganzen Umfang den Oberämtern übertragen. Der Natur der Sache nach müsse in der übertragenen Polizei auch das Recht zur Entscheidung der in Ausübung derselben vorkommenden Streitfälle administrativgerichtlicher Art enthalten seyn, soweit nicht durch Gesetz oder Verordnung andere Stellen ausnahmsweise zu einer solchen Entscheidung ermächtigt seyen, was in Fällen dieser Art nicht zutreffe. In derselben Sache wurde ausgesprochen, daß die seither in der Unterhaltung des Straßenbauinstituts befindlich gewesenen Kameralstraßen und die seither demselben Institut zugewiesene Verbindlichkeit der Erfüllung der nach der Wegordnung den Gemeinden obliegenden Lasten an den Staatsstraßen der Gemeinde Z. zufallen, nachdem das seither exemte, eine eigene Markung bildende Eigenthum der Staatsfinanzverwaltung in Folge des Gesetzes vom 18. Juni 1849 der Gemeindemarkung einverleibt worden sey. Hiebei wurde jedoch der Gemeinde die Betretung des Civilrechtswegs offen gelassen, falls sie glauben sollte, auf den Grund des Organisationsvertrags vom 16./26. Juni 1832 einen privatrechtlichen Anspruch auf die Uebernahme dieser Verpflichtungen gegen die Staatsfinanzverwaltung geltend machen zu können. Diese Entscheidung wurde auch in der Rekursinstanz von dem K. Geheimenrath lediglich bestätigt, und die Gemeinde in beiden Instanzen in die Tragung der Kosten und Sporteln verfällt.

X. (Entsch. v. 14. Juli 1856.) In S. K. c. Parzelle E., Oberamts S., die Unterhaltung eines Güterwegs betreffend, nahm der Kläger die Gemeindeparzelle für die Unterhaltung des anerkanntermaßen über sein Gut führenden Güterwegs in Anspruch, indem er behauptete, daß der Weg ein öffentlicher und demgemäß die Gemeinde

Digitized by Google

zur Unterhaltung deſſelben verpflichtet ſey. Der Gemeinderath gab die Exiſtenz eines öffentlichen Wegs zu, behauptete jedoch, daß nach dem Herkommen die Güterbeſitzer zur Herſtellung und Unterhaltung ſolcher Wege verpflichtet ſeyen. Da ſich jedoch aus dem Servitutenbuch ergab, daß das fragliche Ueberfahrtsrecht lediglich auf einer privatrechtlichen Weggerechtigkeit beruhe, bei welcher die herrſchenden Güter in demſelben genau beſtimmt ſind, ſo wurde K. aus dieſem Grunde mit ſeinem Anſpruch gegen die Gemeindeparzelle auf die Uebernahme der Laſt der Unterhaltung des fraglichen Wegs unter Verurtheilung in die Koſten und Sporteln abgewieſen.

XI. (Entſch. v. 24. Nov. 1856.) Die Gemeinden K. und W., Oberamts R., bildeten früher Eine Gemeinde. Ueber die Markung der dermaligen Gemeindeparzelle W. zog ſich eine Strecke der ſog. Kornſtraße Oberſchwabens hin. Hinſichtlich der Unterhaltung dieſer Straße hatte ein Beſchluß des Gemeinderaths der damals noch Eine Gemeinde bildenden Gemeinde K. unterm 9. Juni 1828 Folgendes beſtimmt: „I. Kommun K. hat nach jüngſt erfolgter „Meſſung im Ganzen 1619 Ruthen Kornſtraße zu unter„halten. Dieſe ſollen unter die Parzellen der ganzen „Gemeinde nach dermaligem Steuerfuß an Häuſern, „Grundſtücken ꝛc. ſtückweiſe zur Unterhaltung ſowohl des „Straßenkörpers als auch der Gräben ausgetheilt wer„den; II. es bleibt jeder Parzelle heimgeſtellt, entweder „unter ihre Genoſſen ihren Betreff ſtückweiſe zu vertheilen, oder ihren Betreff in ungetheilter Gemeinſchaftlich„keit zu erledigen. Eine Rechnung und Ausgleichung „wegen der Kornſtraße in der ganzen Kommun findet „nicht Statt.“ Uebrigens war ſchon vor 1828 die Unterhaltung der Kornſtraße unter die einzelnen Glieder der ganzen Gemeinde vertheilt geweſen. Auf das Andringen der Pfarrgemeinde K. wurde im Jahr 1849 der Trennung der Pfarrgemeinde K. von der ſeitherigen Geſammtgemeinde und der Erhebung derſelben zu einer für ſich

Digitized by Google

bestehenden Gemeinde Statt gegeben. Schon bei den Verhandlungen über diese Trennung bildete die Frage, wie es mit der Uebernahme der Unterhaltung der sog. Kornstraße zu halten sey, den Hauptgegenstand der Differenzen. W. verlangte, daß sämmtliche Staatswaldungen bei der seitherigen Gemeinde bleiben sollen, und die neu zu bildende Gemeinde K. gab dem Verlangen unter der Bedingung Statt, daß dagegen die alte Gemeinde W. die Unterhaltung der Kornstraße auch allein übernehme. Hierauf ließ sich jedoch W. nicht ein und nun schlug die neu zu bildende Gemeinde K. vor, daß zwar an sich die Kornstraße, da sie lediglich auf der Markung von W. liege, von dieser Gemeinde allein zu unterhalten seyn würde, behufs gütlicher Erledigung dieser Frage seyen sie jedoch dazu bereit, daß man sämmtliche Vicinalstraßen auf der Gesammtmarkung beider Gemeinden vermesse, und ihre Unterhaltung nach Maßgabe des Steuerfußes unter beide Gemeinden vertheile. Bei der Genehmigung der Trennung und der Bildung der neuen Gemeinde verfügte die Kreisregierung unterm 16. Jan. 1849, daß die definitive Festsetzung der Markungsgrenzen zwischen beiden Gemeinden, der Vermögensvertheilung und der Konkurrenz zur Unterhaltung der Kornstraße zwischen den bürgerlichen Kollegien beider Gemeinden verhandelt und im Anstandsfalle von dem Oberamt R. in der Instanzenfolge hierüber erkannt werden solle. Ueber die Kornstraße konnten sich die Gemeinden K. und W. nicht einigen. Während K. in Anspruch nahm, daß die Kornstraße wie jede andere Vicinalstraße zu behandeln sey, berief sich W. dagegen auf das durch den gemeinderäthlichen Beschluß vom 9. Juni 1828 für diese Straße gebildete besondere Rechtsverhältniß. Letzterer Auffassung trat auch das Oberamt R. bei und erkannte unterm 2. März 1850, daß die Kornstraße wie bisher gemeinsam von den Parzellen der früher Eine Gemeinde gebildet habenden Gemeinden W. und K. zu unterhalten sey. Durch die Ueber-

Digitized by Google

einkunft vom 9. Juni 1828 sey eine besondere Norm für die Unterhaltung dieser Straße festgesetzt worden, welche ohne die Uebereinstimmung sämmtlicher Parzellen der alten Gesammtgemeinde nicht abgeändert werden könne, die Trennung der Gemeinde K. sey hierauf ohne Einfluß, da hinsichtlich der Kornstraße weitere Verhandlungen vorbehalten worden seyen. So lange daher die Uebereinkunft durch civilrichterliches Erkenntniß nicht als unverbindlich für die Gemeinde K. erklärt sey, müsse das seitherige Verhältniß fortbestehen. Gegen diesen Bescheid erhob die Gemeinde K. Beschwerde bei der Kreisregierung. Sie machte (und dieß wohl mit Recht) geltend, daß in dem gemeinderäthlichen Beschlusse vom 9. Juni 1828 keine Uebereinkunft, kein Vertrag liege. Derselbe sey ein gemeinderäthlicher Beschluß, welcher der Gemeinde K. gegenüber nur insolange wirksam habe seyn können, als K. zur Gemeinde gehört und demgemäß diesem Beschluß Folge zu geben gehabt habe, mit dem Wegfallen dieses Rechts habe der Beschluß von selbst seine Wirksamkeit verloren. Auch eine aus Billigkeitsgründen zu bemessende Konkurrenz der Gemeinde K. zu den Kosten der Kornstraße sey nicht begründet, da dieselbe in Folge der Eisenbahnen ihre Bedeutung verloren habe, und demnach W. durch die Zuweisung dieser Last nicht überbürdet sey. Der letzteren Auffassung gab nun auch die Kreisregierung in ihrem Erkenntnisse vom 28. Mai 1850 Folge. Sie erkannte, daß W. die Kornstraße allein in Unterhaltung zu nehmen habe, weil die unterm 9. Juni 1828 festgesetzte Norm kein Vertrag, sondern ein Gemeindebeschluß sey, der von selbst außer Wirkung trete, nachdem die Voraussetzungen (?) derselben in Folge der Trennung beider Gemeinden gefallen seyen. In der von W. gegen dieses Erkenntniß an das Ministerium des Innern erhobenen Beschwerde wurde dagegen in erster Linie geltend gemacht, daß der Beschluß vom 9. Juni 1828 nicht durch die bestandene Vereinigung beider Gemeinden, sondern durch die Be-

Digitized by Google

deutung der Kornstraße für den allgemeinen Verkehr motivirt gewesen sey, der noch bestehe, sodann aber wurde die Trennung der Gemeinde K. angefochten. Für W. sey es bei den Verhandlungen über die Trennung conditio sine qua non gewesen, daß es hinsichtlich der Kornstraße bei dem seitherigen Verhältniß bleibe. Der Cirkularerlaß vom 14./17. Okt. 1839, Pkt. III., Ziff. 4 bestimme: „wo durch Vertrag oder Herkommen oder durch frühere Gemeindebeschlüsse hinsichtlich der Konkurrenz zu sämmtlichen oder einzelnen Gemeindeausgaben wie z. B. zu Straßenbaukosten besondere Bestimmungen bestehen, ist hinsichtlich der ferneren Tragung solcher Ausgaben nach den Verhältnissen des einzelnen Falls zu entscheiden" und Ziff. 5 sage, daß die Nichtvereinigung der Parteien in dieser Beziehung als ein bedeutendes Moment zur Nichtgestattung der beabsichtigten Trennung zu behandeln sey. Unter der von der Kreisregierung angenommenen Voraussetzung müsse sich daher W. gegen den Vollzug der Trennung in dieser Beziehung verwahren, in der Hauptsache aber bat die Gemeinde um Aufrechthaltung des seitherigen Verhältnisses hinsichtlich der Unterhaltung der Kornstraße, eventuell um Aufhebung der Trennung beider Gemeinden. K. machte dagegen geltend: Die Trennung der Gemeinde K. sey nicht von der Zustimmung von W. abhängig gewesen, sondern durch die Konzession der Staatsbehörde erfolgt. Da der fragliche Punkt bei der bereits erfolgten Genehmigung der Trennung besonderer Entscheidung vorbehalten worden sey, so habe er kein wesentliches Moment bei der Trennungsfrage gebildet. Daß bei dem Beschlusse von 1828 blos die Kornstraße in der angegebenen Weise normirt worden sey, habe seinen Grund darin gehabt, daß blos diese Straße existirt habe. Seitdem sey die U.er und W.er Straße entstanden, welche der Kornstraße hinsichtlich der Frequenz gleich stehen und deren größerer und beschwerlicherer Theil der Gemeinde K. in Folge der Trennung zugefallen sey. Sey vorher

Digitized by Google

schon während der Dauer der Union die Auflösung des Verhältnisses hinsichtlich der Kornstraße begründet gewesen, so sey dieselbe jetzt jedenfalls im Interesse der Gleichstellung der Lasten von K. und W. begründet. Das Aufhören der Verbindlichkeit des Beschlusses vom 9. Juni 1828 habe daher nur eine Gleichheit der Lasten geschaffen und eine Festhaltung desselben würde auch gegen die Billigkeit verstoßen. Nachdem aber die Trennung vollzogen und die Auseinandersetzung dieser Frage ad separatum verwiesen worden sey, könne dieselbe wegen der Nichtvereinigung über diesen Punkt nicht mehr angefochten werden. Nachdem noch W. erwidert hatte, daß die beiden anderen Vicinalstraßen längst vor der Uebereinkunft von 1828 bestanden haben und nicht wie die Kornstraße zu besuchten Fruchtmärkten führen, änderte das Ministerium des Innern die Entscheidung der Kreisregierung dahin ab, daß die Gemeinde K. verbunden sey, in der durch den Beschluß vom 9. Juni 1828 festgesetzten Weise auch fernerhin gemeinschaftlich mit der Gemeinde W. die Unterhaltung der Kornstraße zu besorgen, weil

1) die Unterhaltungslast an dieser Straße, wie sie schon vor dem 9. Juni 1828 eine gemeinschaftliche Last der beiden damals zu Einer Gemeinde verbundenen Gemeinden gewesen sey, durch den fraglichen Beschluß vom 9. Juni 1828 im Hinblick auf die Bedeutung und Wichtigkeit dieser Straße ausnahmsweise und in Abweichung von der gesetzlichen Regel für eine Last der ganzen Gemeinde und nicht der einzelnen Parzellen als Markungsinhaber erklärt worden sey.

2) Diese Last habe zwar durch einen Beschluß des, für die seiner Zeit vereinigt gewesenen Gemeinden bestandenen Gemeinderaths ohne Anstand den einzelnen Markungsinhabern wieder zugewiesen werden können, weil mit den Letzteren ein sie für alle Zeiten von der Unterhaltung der Straße entbindender Vertrag nicht abgeschlossen worden sey und auch der Beschluß vom 9. Juni 1828

Digitized by Google

nicht als ein solcher Vertrag aufgefaßt werden könne; keinenfalls habe aber die auf das Ansuchen der Gemeinde K. erfolgte Trennung von dem seitherigen Gemeindeverband für sie die Folge haben können, daß sie in Folge der fraglichen Trennung ohne Weiteres der ihr seither rechtlich obgelegenen und in keiner rechtlich giltigen Weise aufgehobenen gemeinschaftlichen Unterhaltungspflicht enthoben worden wäre; für die Gemeinde K. habe vielmehr hieraus nur die Pflicht entstehen können, die Gemeinde W. für ihren Antheil an der seitherigen, beiden Gemeinden gemeinschaftlichen Last zu entschädigen, falls sie nicht gemeint war, die seither bestandene und in diesem Punkte noch nicht aufgelöste Gemeinschaft fernerhin fortbestehen zu lassen;

3) an dem dießfalls der Gemeinde W. zustehenden Rechtsanspruch auf die fernere Konkurrenz der Gemeinde K. zur Unterhaltung der fraglichen Straße habe auch die von Seite der Kreisregierung aus Anlaß der Genehmigung der Trennung erfolgte Verweisung dieser Frage zur abgesonderten Verhandlung und die im Uebrigen vollzogene Trennung nichts ändern können.

Auf die gegen dieses Erkenntniß erhobene Beschwerde erkannte der K. Geheimerath in Erwägung, daß die von der Kreisregierung unterm 16. Jan. 1849, zugleich mit der Trennung der, die jetzige Gemeinde K. bildenden Parzellen von dem früheren Gemeindeverband und der Vereinigung derselben zu dieser Gemeinde, verfügte Festsetzung der Konkurrenz dieser neuen Gemeinde zu künftiger Unterhaltung der Kornstraße zu den Modalitäten zu rechnen sey, unter welchen die Abänderung des bisherigen Gemeindeverbandes zugelassen worden, und daß diese Festsetzung im Sinne des Ministerialerlasses vom 14./17. Okt. 1839, Pkt. III., Ziff. 4. nicht nach den allgemeinen Normen über die Baulast an Nachbarschaftsstraßen, sondern nach den besonderen Verhältnissen des vorliegenden Falls zu geschehen habe, sey die Gemeinde K. für ver-

Digitized by Google

bunden zu erkennen, der jetzigen Gemeinde W. zur Unterhaltung der Kornstraße eine den vorliegenden besonderen Verhältnissen angemessene Konkurrenz zu leisten, deren Bemessung nach billiger Erwägung dieser Verhältnisse, namentlich auch der von der früheren Gesammtgemeinde K. zur Unterhaltung noch anderer Nachbarschaftswege des Gemeindebezirks außer der Kornstraße geleisteten Beiträge (über solche lag nichts in den Akten) in die Instanzenfolge der zuständigen Administrativbehörde verwiesen werde, wobei es indessen bis zu erfolgter Entscheidung bei dem seitherigen Maße der Konkurrenz sein Verbleiben habe.

In Gemäßheit dieses Erkenntnisses des K. Geheimenraths setzte das Oberamt R. die Konkurrenzpflicht der Gemeinde K. zur Unterhaltung der Kornstraße auf $^{5}/_{13}$, der Gemeinde W. dagegen auf $^{8}/_{13}$ fest. Es ging dabei von folgender Erwägung aus:

1) Die Länge der Vicinalstraßen beider Gemeinden mit Ausschluß der Kornstraße, welche bei K. 2756 Ruthen, bei W. 2036 Ruthen betrage, könne weder für sich allein noch bei gleichzeitiger Berücksichtigung des Markungsumfangs (bei K. 2970 Morgen, bei W. 4022 Morgen) maßgebend seyn, denn ungeachtet K. die größere Ruthenzahl an Vicinalwegen habe, habe es doch weniger Aufwand auf letztere gehabt, weil es näher gelegene Kiesgruben und weniger befahrene Wege habe, deßhalb habe die der jetzigen Gemeinde gleich kommende Frohnrotte K. an der 1794 Ruthen betragenden Kornstraße 818 Ruthen zu unterhalten gehabt.

2) die Berücksichtigung des Markungsumfangs würde K. vernachtheiligen, weil dieselbe viele Staatswaldungen mit geringem Gemeindeschaden habe;

3) dagegen weise der Staatssteuerbetreff pr. 1854—55 bei K. 986 fl., bei W. 1603 fl., der Amtsschadenbetreff pr. 1854—55 bei K. 49 fl., bei W. 80 fl., und der Gemeindeschadensdurchschnitt bei K. 500 fl., bei W. 743 fl.,

Digitized by Google

sowie der von beiden Gemeinden vergütete Straßenfrohnersatz im Jahre 1849—54 bei K. 462 fl., bei W. 665 fl., auf diese Verhältnißzahl hin.

Die gegen diese Konkurrenz von der Gemeinde K. erhobene Beschwerde wurde sowohl von der Kreisregierung als dem Ministerium des Innern unter Verurtheilung der Gemeinde K. in die Kosten und Sporteln verworfen. In gleicher Weise verwarf der K. Geheimerath die erhobene Beschwerde, weil die Gemeinde K. nicht in einem Rechte verletzt sey, nachdem der Geheimerath ausgesprochen habe, daß die Festsetzung der Konkurrenzpflicht der Gemeinde K. nach billigem Ermessen der obwaltenden Verhältnisse durch die Administrativbehörde zu geschehen habe, weßhalb sich die Sache nicht vor den Geheimenrath als oberste Administrativjustizbehörde eigne.

XII. (Entsch. v. 11. April 1859.) In der Beschwerdesache der Gemeinde Sch., Oberamts T., wegen der Abstellung der auf ihrer Markung gelegenen Brücke über die Aach auf der Kornstraße und der Verweisung des Verkehrs auf einen anderen Weg wurde das Vorhandenseyn einer Administrativjustizsache nicht angenommen, weil eine Partei die einen Rechtsanspruch auf den Fortbestand der Brücke erhoben hatte, nicht vorhanden war, sondern das Oberamt in Erfüllung seiner Amtspflicht der Gemeinde die Herstellung der fraglichen Brücke auferlegt hatte, und dieser von der Gemeinde an sich nicht weiter bestrittenen Auflage gegenüber die Gemeinde blos wegen der Entbehrlichkeit der Brücke um die Entbindung von dieser Auflage gebeten hatte.

XIII. In der Streitsache der Gemeindeparzelle H. gegen die Staatsfinanzverwaltung, Unterhaltung des Wegs von H. nach Sch. durch den früher gräfl. Sternberg'schen, jetzt der Staatsfinanzverwaltung gehörigen Sch.-Wald betreffend, hatte das Ministerium des Innern unterm 10. Mai 1838 die Gemeindeparzelle H. zur Unterhaltung dieses Wegs provisorisch unter Vorbehalt des

Digitized by Google

Rechtswegs für die Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche für verbunden erkannt, weil

1) die Behauptung der früheren gräfl. Sternberg'schen Rentbeamten und des Kameralamts Sch., daß die Herrschaft die Herstellung und Unterhaltung der öffentlichen Wege nie selbst besorgt habe, sondern dieß durch die Grundholden geschehen sey, in den Akten vielfache Bestätigung finde, indem

a) der Auszug aus dem Kloster Sch.'schen Verhörprotokoll vom 30. Juni 1749 die damals durch die Gemeinden H. und R. unter Konkurrenz von S. und R. besorgte Wiederherstellung des Wegs durch den Sch.-Wald von Sch. nach R. nachweise;

b) weitere durch die Gemeinden besorgte Weghergestellungen in herrschaftlichen Waldungen in fünf anderen Fällen nachgewiesen wurden;

c) der am 16. und 17. Okt. 1825 zwischen der Herrschaft und ihren holzberechtigten Lehensleuten abgeschlossene Vergleich in Art. XI. die Lehensleute für verpflichtet erkläre, die Herstellung der Wege in den ihrer Holzgerechtigkeit unterworfenen Waldungen zu besorgen;

d) bei der oberamtlichen Verhandlung vom 23. Juni 1823 zwischen dem Rentamt und den Bevollmächtigten mehrerer Gemeinden der Herrschaft über die freie Pürsch von den letzteren selbst angeführt wurde, daß die landesordnungsmäßige Unterhaltung der öffentlichen Wege in den herrschaftlichen Waldungen den Gemeinden obliege, zu deren Markungen diese Wälder nach den Trebbeschreibungen zu rechnen seyen;

e) bei den von dem Oberamt W. in den Jahren 1830 und 1831 gepflogenen Verhandlungen über die Ausbesserung des Wegs von Sch. nach St. von den verschiedenen dabei betheiligten Sch.'schen Gemeinden die Nichtverbindlichkeit der Herrschaft, die Wegunterhaltung in ihren Markungen zu besorgen, einstimmig anerkannt worden sey;

Digitized by Google

2) hiernach der Umfang der Viehtriebsberechtigung der betreffenden Gemeindeparzelle für die Wegunterhaltungspflicht maßgebend sey, in dem Theil des Sch.-Walds aber, in welchem der streitige Weg sich befinde, diese Berechtigung der Parzelle H. bis zur Ablösung des Viehtriebs zugestanden sey;

3) mit dem Gegebenen übereinstimmend auch der Gemeinderath O., wohin H. gehört, die Herstellung des Wegs als eine Obliegenheit der Parzelle H. bezeichnet habe, für deren Interesse er auch hauptsächlich besteht.

Zugleich wurde übrigens hiebei ausgesprochen, daß die Herrschaft ihrem Anerkenntnisse gemäß zur unentgeltlichen Abgabe des namentlich zu Dohlen-, Brücken- und Sicherheitsschranken erforderlichen Holzes und Reisachs verpflichtet sey.

Diesem Erkenntnisse des Ministeriums des Innern gemäß wurde die Unterhaltung des streitigen Weges von der Gemeinde H. ohne Anstand Jahre lang besorgt, und der ihr vorbehaltene Civilrechtsweg nicht betreten. Nach 16 Jahren aber weigerte die Gemeinde die fernere Wegunterhaltung, weil der Sch.-Wald der Markung Sch. einverleibt worden sey, und nach dieser Thatsache, sowie nach der erfolgten Ablösung der Lehenlasten das Erkenntniß vom 10. Mai 1838 keine Anwendung mehr finden könne. Die Gemeinde Sch. machte hiegegen geltend, daß der Wald, ohne daß der Gemeinderath O. in Vertretung der Parzelle H. etwas dagegen einzuwenden gehabt habe, nur mit denjenigen Markungslasten in seine Markung einverleibt worden sey, welche darauf geruht haben, und hiezu die Wegunterhaltung nicht gehöre. Das Oberamt W. erkannte auch dem Verlangen von H. gemäß die Gemeinde Sch. als jetzige Markungsinhaberin für wegbaupflichtig, weil der Wald ihrer Markung einverleibt worden sey, und die Ministerialentscheidung vom 10. Mai 1838 sich auf den jetzt aufgehobenen Lehensverband und längst nicht mehr bestehenden Viehtriebsrechte gründe.

Digitized by Google

Auf die von Sch. erhobene Beschwerde wurde jedoch von der Kreisregierung und dem Ministerium des Innern die Verbindlichkeit der Gemeinde H. in Gemäßheit des Ministerialerkenntnisses vom 10. Mai 1838 festgehalten (H. auch in der Instanz des Ministeriums in Kosten und Sporteln verurtheilt), weil nach Art. 2 des Gesetzes vom 18. Juni 1849 die einzuverleibenden Grundstücke nur mit den seitherigen Markungslasten in den Markungsverband übergehen, zu diesen aber nach der seitherigen durch die geltend gemachten Gründe nicht beseitigten Observanz die Wegbaulast nicht gehöre. Zugleich wurde die aus diesem Anlaß von der Gemeinde H. geltend gemachte Einwendung gegen die Einverleibung des Sch.-Walds die Gemeindemarkung von Sch. an die Kommission für die Vereinigung des Gemeindeverbands gewiesen.

XIV. (Entsch. v. 29. Dez. 1856.) In S. des W. in S. gegen den Gemeinderath daselbst, Anspruch auf die Offenhaltung eines Weges für den Verkehr gegen die von dem Gemeinderath verfügte Abstellung des Weges als Verkehrsweg betreffend, wurde der von W. erhobene Anspruch unter Verfällung desselben in die Kosten und Sporteln abgewiesen, weil, abgesehen von der Frage, ob dem Rekurrenten ein Beschwerderecht zustehe, und abgesehen davon, ob der Weg als ein dem Verkehr allgemein oder unter Beschränkung auf leichtere Fuhrwerke offen stehender Weg angesehen werden könne, jedenfalls außer Zweifel stehe, daß eine Nothwendigkeit der Beibehaltung des Weges zur Benützung für Auswärtige nicht vorliege und bei einem bloß 36 Ruthen betragenden Umwege keine Zweckmäßigkeitsgründe für die Beibehaltung des streitigen Weges sprechen, in Ermanglung eines öffentlichen Bedürfnisses aber der Gemeinderath in S. nicht gehindert werden könne, die Abstellung des Weges als eines öffentlichen Nachbarschaftsweges zu verfügen, wenn er (was nach der Lage der Akten jedenfalls sehr zweifelhaft war) je als solcher bestanden haben sollte.

Digitized by Google

XV. Im Jahr 1832 wurde die Staatsstraße von T. nach W. in Folge ihrer geringen Frequenz aus dem Staatsstraßenverbande ausgeschieden und in die Unterhaltung der betreffenden Gemeinden als Markungsinhaber zurückgegeben. Das Gleiche fand hinsichtlich der auf dieser Straße befindlichen Brücken statt, und so wollte von dem Straßenbauinstitut auch die auf der Markung F. befindliche sog. Pfl. Brücke über die A. der Gemeinde zurückgegeben werden. Die Gemeinde verweigerte jedoch deren Uebernahme, weil diese Brücke stets von der jeweiligen Landesherrschaft und sogar zu einer Zeit unterhalten worden sey, in welcher die Straße selbst nicht von der Herrschaft unterhalten wurde. Dieß gab Anlaß, die Verhältnisse hinsichtlich dieser Brücke genauer zu untersuchen, wobei Folgendes ermittelt wurde:

1) Durch Begabungsbrief des Kaisers Ferdinand II. vom 16. Sept. 1627 wurde dem Grafen Hug von Montfort auf seine Vorstellung: „demnach seine Vorvordern als Inhaber der Herrschaft T. und A. neben anderen Regalien auch mit der Zollfreiheit über gedachte beide Herrschaften begabt worden, daß sich anjetzo aber eine geraume Zeit hero in seinen Rentbüchern und Rechnungen befunden, daß die Zollgefäll diejenigen Unkosten, so über die Erbauung und tägliche Unterhaltung der Pruggen, Stegen und Wegen bevorabs zu diesen sehr theueren Zeitten und Jahren auch schier täglich vor diesen unerhörten Ausriß und Schwellung der Flüssen, wie auch das Grundeis sonderlich bei überaus großem Abgang und Mangel des Bauholzes bei weitem und kaum den vierten Theil ertragen mögen, gestaltsame der Vater des Grafen Hug, der Graf Hans von Montfort, zu Pfl. und L. wegen Einreißung der A. bei etlich Jahren unterschiedliche Pruggen über ermeltes Wasser bei gedachtem Pfl. und L. von ganz Neuem erbauen und mit merklichen Kosten und Abwendung des durchreißenden Schadens unterhalten, aber bis dato aus lautterer Guttmüthigkeit

von keinem Menschen nunmehr in die 20 Jahre einigen Pfennig zu Weggelt nit empfangen oder begert worden ... sintemalen es doch nit allein der natürlichen Billigkeit, sondern auch den kaiserlichen Lehen und Concessionen zuwider seyn wölle, daß die onera regalia sustinentia die fructus juris dictionalium weit übertreffen sollen."

Und auf die Bitte des Grafen, „ihm die Zollgefäll und Weggebühr in beiden Herrschaften T. u. A. um $^2/_3$ gnädigst zu erhöhen und dann auch von dem L.er Steg und Pruggen zu Pfl., deren jede zu erhalten jährlichen über die Einhundert Gulden gestünde, ein Weggeld als von einer jeden Person 1 Pfennig und von jedem Roß 2 Pfennig zu vergunnen und zuzulassen", nach Vernehmung der Nachbarn, namentlich der Städte R., W. und L., gestattet, alles Weggeld in den Herrschaften T. und A. um $^1/_3$ zu erhöhen, und von dem L.er Steg wie von der Pruggen zu Pfl. von jeder Person $^1/_2$ Pfennig, von jedem Roß 1 Pfennig Weggeld zu erheben, unter der Auflage, die Pruggen, Wege, Straßen und Stege jederzeit in gutem Pau und Wesen zu erhalten.

Diese Verleihungen wurden am 30. Juli 1663 von Kaiser Leopold dem Grafen Johann von Montfort, und von Kaiser Karl VI. unterm 3. August 1724 dem Grafen Anton von Montfort bestätigt.

2) Im Jahr 1665 wurde nach vorliegenden Akten auf den Wunsch der Grafen von Montfort den Unterthanen des Gottshaus W. aufgegeben, im Revier von Pfl. zu dem daselbst über die A. vorhabenden Brückenbau Beihilfe zu leisten, „jedoch citra praejudicium derer zwischen dem Gottshaus W. und der Herrschaft T. vor diesem aufgerichteten Verträgen und mit der Erklärung, daß man solches in keine Schuldigkeit noch künftige Konsequenz zu ziehen gemeint sey, vielmehr zu Erhaltung alter Freund und Nachbarschaft".

3) Unterm 27. Dez. 1787 stellte das k. k. österreich. Oberamt T. den Antrag auf die Herstellung der höchst

Digitized by Google

schadhaften Brücke. Es bemerkte, daß bei der Brücke ein herrschaftlicher Zoll angelegt, der früher sehr ergiebig, in Folge der Gefährlichkeit der baufälligen Brücke dermalen nur 27 fl. 10 kr. ertrage, dagegen nach früherer Herstellung der Brücke und Straße den doppelten und mehrfachen Ertrag abwerfe. Die Kosten wurden ohne das Bauholz, welches die Herrschaft selbst habe und ohne die Fuhren, welche die Unterthanen in das Frohn zu leisten haben, auf 953 fl. 40 kr. veranschlagt.

Unter'm 7./12. März 1788 berichtete das Oberamt T. weiter: Von T. bis W. wird eine starke Poststation gerechnet; die Hälfte dieses Wegs wurde schon unter den Grafen von Montfort wegen des herrschaftlichen Schlosses zu Sch. von der hiesigen Landschaft mit vielen Unkosten bis auf jene Strecke von T. nach T. chaussirt. Wenn nicht die Pf. Brücke zugleich hergestellt wird, so ist schier alle Passage von W. aus hierher abgeschnitten oder muß wenigstens um eine ganze Station über L. umgefahren werden; dem sind auch die hiesigen Unterthanen ausgesetzt, weil über W. alles Salz in die Herrschaft geführt wird. So wenig sonst diese Straße mit dem Bauen der Pfl. Brücke eine Verbindung hat, so hat doch selbe darauf den Einfluß, daß durch die stärkere Passage der der Herrschaft gehörige Zoll von dieser Brücke beträchtlich vermehrt wird. Da §. 23 des Liebenauer Vertrags zwischen dem Reichsgotteshaus W. und dem gräflich Montfort'schen Hause vom 12. Nov. 1770 bestimmt, daß das Reichsgotteshaus seine Beamten, Bedienstete, sowie die in 15 Orten wohnenden W.'schen Unterthanen vom Brückenzoll frei seyen, jedoch mit dem Anhang, „daß „jene Brücken, allwo sie die gewöhnliche Ueberfahrt haben, „neben andern Montfort'schen Unterthanen der Nothdurft „nach pro rata jedoch allein mit Handarbeit und der Mähr„in ohne Geldbeitrag unterhalten helfen, es wäre denn „Sach, daß außerordentlich und große Beschädigungen der „Brücken vorfalleten, wo man sodann W.'scher Seite auf

„nachbarliches Requiriren nach Befundsame der Umstände „die Billigkeit keineswegs außer Acht zu lassen gedenkt." Dem letzten Absatz dieses §. gemäß habe das Stift bereits einen Beitrag von 80 fl. bewilligt. Hinsichtlich der Straße von N. nach W. bis zur Pfl. Brücke fanden schon am 11. Mai und 8. Juni 1787 Verhandlungen vor dem Oberamt T. statt, wobei man in Beziehung auf die Konkurrenz beiderseits einverstanden war, daß wo W.'sche Niedergerichtsunterthanen mit ihren Gütern auf die Straße stoßen, dieselben auch die Straßen herzustellen und zu unterhalten haben, wo aber W.'sche und T.'sche Unterthansfelder oben und unten zusammenstoßen, Anbau und Unterhaltung gemeinsam seyn sollte. Von dem G. Grenzmark muß die Straße bis zur Pfl. Brücke ganz von Seite W. zum Anbau und Unterhalt übernommen werden, wogegen die Pfl. Brücke ganz von Seite T. unterhalten werden muß. Sollte die Straße von W. nach T. wider Vermuthen eine ordentliche Land- und Kommerzialstraße werden, so behalte man sich von Seite W. wegen dem alsdann kostspieligen Unterhalt das Weitere bevor.

Unter'm 29. Januar 1789 zeigte das Oberamt T. der k. k. österreichischen Regierung in Freiburg an, daß die Brücke beim Eisgang ganz fortgerissen worden sey. Hierauf reskribirte die gedachte Regierung unter'm 11. August 1789: „Ehe man wegen des hinweggerissenen und wiederherzustellenden Stegs zu Pfl. (und L.) etwas Endliches verfügen kann, hat das Oberamt anzuzeigen, ob nicht die gedachten Gemeinden die Stege selbst herzustellen haben, in welchem Falle aus den herrschaftlichen Waldungen auch kein Holz hiezu abzugeben wäre. Das Oberamt berichtete hierauf unter'm 17. und 27. August 1789. „Wenn die Regierung das hiezu nöthige Bauholz unentgeltlich bewillige und erlaube, daß bis zur Entschädigung des Baukostens, den die Aemter auf die letzt abgerissenen Stege und den jetzigen Bauaufwand machen müssen, denselben den Genuß des Brücken- und Weggelds

überlassen werde, so werden selbe die Herstellung übernehmen. Weil vornhin ordentliche Brücken, die auf Herrschaft Kosten mit Beihilf der Hand- und Fuhrfrohnen von den Unterthanen von jeher hergestellt und unterhalten worden, bestanden haben, seyen keine besondere Stege angelegt gewesen. Die Herrschaft habe dafür einen gemäßigten Brückenzoll bezogen. Als die Brücke beim letzten Eisstoß abgerissen worden, so wurde den Unterthanen die Herstellung eines Nothstegs gestattet, und dazu das Holz aus den Herrschaftswaldungen angewiesen, worauf sie lediglich deßhalb Anspruch hatten, weil die Herrschaft die Brücke unentgeltlich errichten mußte, und man froh seyn mußte, daß das Amt die übrigen Kosten bestritt. Die Abgabe des Holzes wurde auch unter'm 3. Septem- 1789 genehmigt.

Unter'm 8. Oktober 1789 berichtete das Oberamt über die Erbauung einer Nothbrücke. Die Unterthanen müssen dazu die Frohndienste und Fuhren leisten, das tannene Bauholz ist von den Aerarialwaldungen, das Eichenholz aber von dem Reichsgotteshaus W. gegen Abrechnung abgegeben. Laut Uebereinkunft vom 2. Oktober 1789 läßt sich das Gotteshaus die Uebersetzung dieser Nothbrücke auf sein Eigenthum und so auch ungefähr 20 Schritt oberhalb ebenfalls auf W.schem Eigenthum die Anlegung einer dauerhaften Hauptbrücke gefallen, die W.schen Niedergerichtsunterthanen müssen gleich hiesigen Unterthanen zu beiden Brücken die Natural-, Hand- und Fuhrfrohnen leisten, hingegen weil dadurch die alte Straße beseitigt und 500 Schritte lang eine neue Straße angelegt werden muß, so haben diesseitige Unterthanen zur Beihilfe der W.schen ein Drittheil hieran übernommen, auf Andringen genehmigten auch die Prälaten von W., daß auch das weitere Erforderniß an Eichen für die Hauptbrücke hergegeben werde. Hiernach stellte das Oberamt den Antrag die Noth- und die Hauptbrücke auf diese Weise zu bauen, zur Entschädigung des

Digitized by Google

Aerariums den Zoll für 10 Jahre auf das Doppelte zu erhöhen, hievon aber die W.schen Niedergerichtsunterthanen und das Reichsstift selbst freizulassen, wenn obige Eichen abgegeben werden. Demgemäß scheint die Brücke gebaut worden zu seyn; denn in Folge der Verlegung der Brücke mußte auch das Zollhaus verlegt werden, und mit Bericht vom 25. Februar 1790 unterstützte das Oberamt die Bitte des Lehensmanns ihm gegen Erhöhung der Zinse und Steuern für die Erbauung des ohnedem baufälligen Zollhauses, eines Schupflehens, aus dem Aerarium 150 fl., sowie das benöthigte Holz, Ziegel und Kalch zu bewilligen, was durch Erlaß vom 28. August 1790 genehmigt wurde.

4) Hinsichlich der Frohnenverhältnisse unter Montfort'scher Herrschaft wurde erhoben, daß schon durch Vertrag vom 1. April 1739 die sämmtlichen Hand- und Fuhrfrohnen der Montfortischen Unterthanen mit Ausnahme bestimmter Brennholzfuhren für den Grafen und weniger ebenfalls genau bezeichneter Handdienste während der Heu- und Fruchternte gegen eine jährliche Bestandsumme von 2500 fl. denselben erlassen worden sind. Nach dem Uebergang an Württemberg wurde zwischen der Staatsfinanzverwaltung und den Montfort'schen Gemeinden, darunter auch Fl., im Jahr 1827 das Frohnsurrogatgeld auf jährliche 1500 fl. festgesetzt. Die Frohnen zum Brückenbau sind weder in dem Vertrag von 1827 noch in dem vom 1. April 1739 besonders erwähnt, dagegen bezeichnet der Vertrag von 1739 die aufhörenden Frohnen auf folgende Weise:

„alle Zehent-, Heu-, Wein-, Holz-, Stein-, Thung- auch Schiff oder andere Fuhr und Handarbeit wie sie immer Namen haben mögen."

Uebrigens wurden nach dem ad 3) Bemerkten bei dem Brückenbau von 1789—90 die Frohnen geleistet, dagegen findet sich keine Spur davon, daß sie bei späteren Bauten angesprochen oder geleistet worden wären.

Digitized by Google

5) Hinsichtlich des Brückenzolls ergaben die Nachforschungen, daß nach den Rechnungen unter Oesterreich blos bis 1780 ein Zoll von der Pfl. Brücke in Einnahme kam, die späteren Rechnungen enthalten nichts mehr. Unter bayrischer Herrschaft (1806—1810) heißt es unter dieser Rubrik in den Rentamtsrechnungen nur „wird von den Mautämtern erhoben." In der ersten württembergischen Rechnung ist darüber eingetragen:

Alle im Königreich einzeln bestandene Weg- und Brückengeldsstätten sind durch die seit Martini 1810 eingeführte und oben unter der Accise verrechneten Straßenbauabgaben aufgehoben worden. Es ist daher unter dieser Rubrik zu verrechnen —:· 0.

6) Ueber das, was unter bayern'scher Herrschaft an der Straße und Brücke geschah, ließ sich nichts auffinden. Es sollen die Straßen damals überhaupt sehr vernachläßigt worden seyn.

7) In württembergischer Zeit liegt zunächst ein Verzeichniß der Straßen von 1811 vor, in dem es heißt:

2) Straße von T. nach W. 4 Poststunden vom kgl. bayern'schen Aerar unterhalten, Kieschaussee mit der Fl. Brücke 3 Stunden von T. über die A., das Rentamt sollte solche unterhalten, es ist aber gegenwärtig bloß eine Nothbrücke vorhanden und das Holz zu einer neuen seit 5 Jahren vorräthig. Unter'm 23. Januar 1813 wurde sofort die Erbauung einer neuen Brücke mit einem Aufwand von 4305 fl. auf Staatskosten genehmigt.

8) Wie es scheint, forderte dieselbe von da bis 1830 keinen besonderen Aufwand mehr, dagegen wurden im Jahr 1830 220 fl. 57 kr., 1835 240 fl. 16 kr., 1837 12 fl. 15 kr., 1839 159 fl. 42 kr., 1841 226 fl. 59 kr., 1845 608 fl. 25 kr., 1850 1960 fl. 59 kr. aus dem Straßenbaufond aufgewendet. Daß dabei die Frohnen in Anspruch genommen worden wären, darüber erhellt nichts.

9) Bei den Verhandlungen über diesen Streit machte

Digitized by Google

die Gemeinde geltend, daß die Baulast an dieser Brücke stets dem Staat auch zu der Zeit obgelegen sey, in welcher die Straße nicht von ihm unterhalten wurde, eben deßhalb könne die Baulast in Folge der Ausscheidung der Straße aus dem Staatsverband nicht auf die Gemeinde übergehen. Auch bei der Erbauung der Brücke unter österreichischer Herrschaft sey die Straße nur eine schlechte Vicinalstraße gewesen.

Das Straßenbauinstitut dagegen führte für die Verbindlichkeit der Gemeinde an, daß die Brückenbaulast der Landesherrschaft lediglich Folge des Brückenzolls gewesen sey, und mit demselben ihr Ende erreicht habe. Die württembergische Regierung habe die Baulast an dieser Brücke lediglich in Folge der Uebernahme der Unterhaltung der Straße übernommen, da nun letztere aufhöre, so höre für sie auch die Brückenbaulast auf. Die Gemeinde wendete hiegegen ein, daß der Brückenzoll schon unter österreichischer Herrschaft, die unterm 13. August 1779 die Grafschaft Montfort erworben habe, aufgehört habe, gleichwohl aber die Brückenbaulast bei der Herrschaft geblieben sey. Auch Bayern habe keinen Brückenzoll erhoben. Die Frohnen, welche früher zu den Brückenbauten zu leisten gewesen seyen, seyen dagegen durch die Verträge von 1739 und 1827 aufgehoben worden.

10) Das Oberamt und die Kreisregierung erkannten, daß das Straßenbauinstitut ungeachtet des Ausscheidens des ganzen Straßenzugs aus der Reihe der Staatsstraßen verbunden sey, die im Streit befangene A.-Brücke bei Pfl. vorbehältlich der Konkurrenz der Markungsgemeinde F. mit Hand- und Fuhrfrohndiensten zu unterhalten, weil diese Brücke seit unvordenklicher Zeit von der Herrschaft auch in der Zeit unterhalten worden sey, in welcher die Unterhaltung des Weges nicht ihre Sache gewesen sey.

Das Ministerium dagegen erkannte die Gemeinde Fl. für verbunden, die Unterhaltung der Brücke zu über-

Digitized by Google

nehmen, weil ein besonderer Rechtstitel oder ein diesen Titel vertretendes Herkommen, nach dem das Straßenbauinstitut die Baulast zu übernehmen hätte, nicht vorhanden sey. Zu einem Herkommen sey erforderlich, daß der Leistende in der Meinung einer Verpflichtung oder in der Absicht, die Verbindlichkeit künftig zu übernehmen, geleistet habe. Die Grafen von Montfort haben sich aber der Unterhaltung der Brücke angenommen in der Eigenschaft als Landesherren zur Erleichterung des Verkehrs ihrer Unterthanen und zur Gewinnung einer angemessenen Verbindung für ihre Besitzungen, vor Allem aber wegen des ihnen verliehenen Brückenzolls. Oesterreich habe die Brücke gebaut wegen der kommerziellen Bedeutung der Straße und im Hinblick auf die Erhöhung der Brückenzollrevenüe, wogegen Württemberg die Unterhaltung der fraglichen Brücke blos wegen der kommerziellen Bedeutung der Straße beibehalten habe. Der K. Geheimerath, an den sich die Gemeinde Fl. im Beschwerdeweg wandte, hielt und wohl mit Recht vor Allem für nöthig, die Staatsfinanzverwaltung zu dem Streit als Partei zu abcitiren, welche jedoch eventuell das seither Verhandelte seinem ganzen Umfang nach genehmigte; erkannte aber hierauf die Gemeinde Fl. nicht für verbunden, die Baulast an der streitigen Brücke zu übernehmen, weil

1) die Gemeinde sich auf die Verjährung für ihre Befreiung von der Last berufen habe, und diese Last seit unvordenklicher Zeit je von der Staatskasse der betreffenden Landesherrschaft und zuletzt von der württembergischen Straßenbauverwaltung getragen worden sey;

2) dem Straßenbauinstitut der Beweis, daß es diese Baulast nur als einen Theil der Straßenunterhaltung übernommen habe, nicht gelungen sey, weil erwiesener Maßen die Brücke selbst von den verschiedenen Herrschaften zu einer Zeit gebaut worden sey, in welcher die Herrschaft die Straße nicht zu unterhalten gehabt habe, endlich

Digitized by Google

3) der Umstand, daß die Herrschaft Montfort und Oesterreich ein Weggeld von der Brücke bezogen haben, der Gemeinde deßhalb nicht nachtheilig seyn könne, weil nicht bewiesen sey, daß die Brücke des Weggelds wegen gebaut wurde, und nach den Rechnungen der Bezug des Weggelds schon von 1780 an aufgehört habe.

XVI. (Entsch. v. 9. März 1858.) In S. der Gemeinde Sch., Oberamts R., gegen das Straßenbauinstitut, die Verbindlichkeit zur Uebernahme der durch den Staatswald R. als Theil einer Vicinalstraße führenden sog. Kameralstraße betreffend, wurde in allen Instanzen angenommen, daß nachdem der Staatswald R. der Gemeindemarkung von Sch. einverleibt worden sey, auch die Verbindlichkeit zur Unterhaltung dieser Straße auf die Gemeinde übergehe.

XVII. (Entsch. v. 26. Mai 1857.) In der Rekurssache der Gemeinde B., Oberamts E., c. Gemeinde R., Oberamts B., Unterhaltung eines Wegs betreffend, wurde angenommen:

1) daß es bei einem vor dem Gesetz vom 13. Nov. 1855 ergangenen Erkenntniß der vorigen Instanz, das den früheren Bestimmungen gemäß nur mit der Anberaumung eines Termins unter Androhung der Exekution eröffnet werden konnte, der von dem Anwalt der Gemeinde nachgesuchten Restitution gegen den (längst erfolgten) Ablauf der Nothrekursfrist des gedachten Gesetzes nicht bedürfe, da die Gemeinde in Ermanglung der Anberaumung einer sie mit dem Verlust des Rekursrechts bedrohenden Frist eine solche nicht habe versäumen können;

2) daß ein zwischen zwei Markungen befindlicher, keiner derselben aber ausschließlich zugetheilter Weg von den beiden anstoßenden Markungsinhabern gemeinschaftlich zu unterhalten sey.

XVIII. (Entsch. v. 26. Mai 1857.) In S. Gemeinderath B. c. Gemeindepfleger B. von R.. die Offenhaltung und Aufhebung der Sperre eines über die Wiesen des

Digitized by Google

B. hinführenden öffentlichen Fußwegs betreffend, wurde in allen Instanzen

1) die Einrede der Inkompetenz der Administrativjustizbehörden verworfen. Dieselbe wollte darauf gegründet werden, daß die Wiesen, über welchen der Weg als ein öffentlicher angesprochen wurde, sich im Privateigenthum befinden, die Beschränkung des Privateigenthums des B. daher auch nur dem Privatrecht angehören könne. Es wurde jedoch angenommen, daß da gerade die Beschränkung nur in dem öffentlichen Rechte ihren Grund habe, und das Erkenntniß sich lediglich darauf zu beschränken habe, ob die Last rechtlich begründet sey, hierüber aber gerade die Administrativjustizstellen zu entscheiden haben, der Umstand, daß der Weg ohne besondere Vermarkung über Privateigenthum sich hinziehe, die Kompetenz der Administrativjustizstellen nicht aufhebe;

2) wurde die gegen mehrere Einwohner von B. gegen ihre Fähigkeit, Zeugniß abzulegen, wegen eigenen Interesses erhobene Einrede zurückgewiesen, weil es sich nicht um eine Gemeindesache handle, bei welcher alle Gemeindeglieder mittelbar betheiligt seyen, und nicht alle Einwohner des Orts ein unmittelbares Interesse an dem Bestehen des Weges haben, ein solches auch aus der vor Jahren erfolgten Benützung des Weges und der vorhandenen Möglichkeit wieder in den Fall der Benützung des Weges zu kommen, nicht folge.

XIX. (Entsch. v. 9. März 1858.) In Folge eines schiedsrichterlichen Spruchs vom 2./4. Mai 1840 über eine Markungsausgleichung zwischen den Gemeinden E. und Sch. hatte die Gemeinde E., Oberamts W., die Verbindlichkeit der Unterhaltung von zwei Wegen zu übernehmen gehabt, welche in Folge der Einverleibung einiger exemten Waldungen nunmehr in die Gemeindemarkung von Sch. fielen. Im Hinblick auf die durch diese Einverleibung eingetretene Aenderung des Markungsverhältnisses nahm E. das Recht in Anspruch, sich dieser Unterhal-

Digitized by Google

tungspflicht zu entschlagen. Da jedoch weder die Markungsausgleichung von 1840 noch die Einverleibungsverhandlungen der Gemeinde E. einen besonderen Rechtstitel und ein besonderes Moment hiefür an die Hand gaben, so wurde sie in allen Instanzen unter Verfällung in Kosten und Sporteln mit diesem Anspruch abgewiesen.

XX. (Entsch. v. 9. März 1858.) In S. der Gemeinde E. c. G., Benützung eines öffentlichen Güterwegs betreffend, wurde in allen Instanzen angenommen, daß es bei einem öffentlichen Güterweg in der Natur der Sache liege, daß Jeder, der den Güterweg für die Abfuhr seiner Erzeugnisse nach der Lage seines Guts ohne Rücksicht auf die Markungsangehörigkeit bedürfe, zu seiner Benützung befugt sey und es wurde hiernach der Gemeinde E. unter Verurtheilung in Kosten und Sporteln, das Recht abgesprochen, den Angehörigen der Gemeinde G. die nach Zeugenaussagen inzwischen Statt gehabte und für ihre Güter erforderliche Benützung eines Güterwegs zu untersagen.

XXI. (Entsch. v. 9. März 1858.) In S. B. c. L. von Sch., Oberamts B., Abstellung eines Fußwegs betreffend, kam die Frage zur Erörterung, ob der erhobene Rekurs als ein Rekurs in einer Administrativjustizsache oder als Beschwerde gegen eine Administrativverfügung anzusehen sey. Die bürgerlichen Kollegien von Sch. hatten die Abstellung eines über das Besitzthum des Müllers L. führenden nach mehrfachen Zeugenaussagen inzwischen unbeanstandet allgemein benützten in den öffentlichen Büchern übrigens nicht eingetragenen Fußweges deßhalb verfügt, weil der hiedurch dem Gutseigenthümer an der Benützung seines Guts zugehende Schaden im Mißverhältniß zu dem Vortheile des Weges stehe, der nur wenig kürzer, dagegen steiler und beschwerlicher als der gewöhnliche Weg sey. Ueberdieß hatte das Pfarramt aus sittenpolizeilichen Gründen auf die Abstellung des Weges angetragen. Hiegegen beschwerten sich B. u. Gen. bei dem Oberamt, indem

Digitized by Google

sie sich auf den rechtlichen Bestand des Weges, sowie auf dessen Bedürfniß für sie bezogen. Ohne eine eingehendere Entscheidung über den rechtlichen Bestand des Weges wurde jedoch die Abstellung desselben aus den geltendgemachten Motiven für gerechtfertigt erkannt, schließlich aber der Streit als eine Administrativjustizsache behandelt, weil B. und Gen. einen Anspruch auf das Fortbestehen des Weges erhoben haben. Auch von dem K. Geheimenrath wurde für die die Beschwerde des B. abweisende Entscheidung, die gleichfalls nur die Zuläßigkeit der Abstellung des Wegs zum Gegenstand hatte, eine Sportel angesetzt.

XXII. (Entsch. v. 26. März 1858.) In der Parzellargemeinde E., Oberamts Biberach, hatten früher die Gemeinderechtsbesitzer die Verbindlichkeit zur Unterhaltung der Wege und Stege, die von jeher in der Frohn besorgt wurde. Der Rodel von E. von 1730 bestimmte hierüber Folgendes:

„Gemeinder. Von Gemeindsarbeit. Zur Machung Steg und Weg auch Viehwaidesamen gehen die Bauern selb dritt die mittleren mit 2 und die kleineren mit 1 Person. Was Mähni hat, fahrt wie solche ist, in gleicher Zech, also der 4 Roße hat, mit 4. Drei Rößler mit 3. Zwei Rößler mit 2 Roß oder Ochsen."

Der Inhaber des Sct. Simons Lehen löste nach einem Eintrag in dem O.'er Rathsprotokoll von 1806—1807 seine Gemeindsdienste mit 75 fl. in der Art ab, daß er dagegen von sämmtlichen Gemeindsdiensten rücksichtlich der von Sct. Simon herrührenden Grundstücke künftig eximirt seyn soll. — Bei der Vereinigung der Gemeinderechtsverhältnisse im Jahr 1844—1848 wurden durch Vergleich mit den Gemeinderechtsbesitzern sämmtliche Lasten der Gemeinderechtsbesitzer gegen Waldabtretung auf die politische Gemeinde übernommen. Der Nachfolger in obigem Lehen X. M. sprach nun auf den Grund der Ablösung seiner Gemeindedienste Befreiung von den Weg-

Digitized by Google

unterhaltungskosten an, er wurde jedoch mit diesem Anspruch in allen Instanzen unter Verfällung in die Kosten und Sporteln abgewiesen, weil er nicht mit der politischen Gemeinde, sondern mit den Gemeinderechtsbesitzern den gedachten Vertrag abgeschlossen habe, Ersterer gegenüber somit keine Befreiung von der gesetzlichen Umlagepflicht angesprochen habe. Zugleich wurde seine Rückforderung des Ablösungskapitals zur Verfolgung auf den Civilrechtsweg gegen die Gemeinderechtsbesitzer verwiesen.

XXIII. In Sachen K. von O. c. Gemeinderath O., Bestehen eines Fußwegs über die Güter des K. betreffend, wurde wie sub. XVIII., die Kompetenz der Administrativjustizstellen zur Entscheidung über die Frage des rechtlichen Bestehens eines öffentlichen Fußwegs über Privatgüter angenommen. Zugleich wurde in analoger Anwendung des Artikel 13. des Gesetzes B. vom 24. Aug. 1849 und der Grundsätze über die Negatorienklage ausgesprochen, daß ohne Rücksicht auf den Besitzstand der das Bestehen eines öffentlichen Weges Behauptende den Beweis hiefür zu liefern habe, dieser Beweis aber in dem vorliegenden Falle durch das Servitutenbuch, in dem der Weg vorgemerkt war und durch mehrfache Zeugenaussagen über das Bestehen desselben seit unvordenklicher Zeit als erbracht angenommen und daher K. unter Verurtheilung in die Kosten und Sporteln mit seinem Anspruch auf die Abstellung desselben um so mehr abgewiesen, als sich auch keine Zweckmäßigkeitsgründe für die Aufhebung des Wegs geltend machen ließen.

XXIV. In S. M. c. N. von A., Oberamts B., handelte es sich um die Frage, ob die Entscheidung über die Art der Benützung eines öffentliches Feldwegs, der jedoch ohne Ausscheidung eines besondern öffentlichen Eigenthums über Privatgüter führt, Sache der Civilgerichte oder der Administrativjustizbehörden sey? Das Oberamtsgericht hatte seine Kompetenz für begründet erkannt, weil es annahm, daß es sich darum handle, inwieweit der

Digitized by Google

Beklagte in seinem Privateigenthum beschränkt sey, weil das Areal des Feldwegs in Ermangelung einer besonderen Eigenthumsausscheidung für denselben als ein Privateigenthum des Beklagten befindlich angesehen werden müsse. Der Civilsenat des K. Gerichtshofs für den Donaukreis hob aber das Erkenntniß des Oberamtsgerichts wegen Inkompetenz auf, weil es sich, nachdem die Eigenschaft des Weges als eines öffentlichen Feldwegs feststehe, lediglich um die Frage handle, in wie weit dem Kläger nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts ein Recht auf die Benützung des Feldwegs zustehe. Die letztere Ansicht wurde auch von den Administrativjustizstellen getheilt, und der Beklagte für verbunden erkannt, dem Kläger die Benützung des fraglichen Feldwegs auch für ein außerörtlich angebautes Grundstück zu gestatten, weil nachdem die Qualität des Wegs als eines öffentlichen Feldwegs feststehe, der Beklagte sein Recht der Beschränkung seiner Benützung zu beweisen habe, dieser Beweis ihm aber in dem vorliegenden Fall nicht gelungen sey.

XXV. (Entsch. v. 1. Juni 1858.) In S. der Gemeinde St. gegen die Gemeinde N., Oberamts W., Herstellung einer Brücke über die L. betreffend wurde unter Verurtheilung der Gemeinde St. in Kosten und Sporteln der Anspruch derselben auf die Herstellung einer Brücke statt einer bestehenden Furth zurückgewiesen, weil die Herstellung einer Brücke bei dem unbedeutenden Verkehr nicht unumgänglich nöthig und die Verbesserung der Furth hinreichend sey, überdies aber die Gemeinde ohne technische Schwierigkeiten ohne Verlängerung der Straße und ohne erheblichen Mehraufwand den Straßen- und Brückenbau auf ihrer Markung zur Ausführung bringen könne.

XXVI. (Entsch. v. 6. Juli 1858.) In S. D. von M. u. Gen. c. W. von da handelte es sich um die Benützung eines öffentlichen Feldwegs, der über die Güter der Gebrüder W. führt, und von den Letzteren als Eigenthum behufs der Aufhebung und Bebauung desselben ange-

Digitized by Google

sprochen wurde. Soweit die Erhebungen aus früherer Zeit Auskunft gaben, bestand der Weg früher nicht, wenigstens ist er in den Akten über die Vereinödung des Weilers M. von 179½ und der dazu gehörigen Ortskarte nicht aufgeführt. Bei der Landesvermessung stellte dagegen der Großvater der Gebrüder W. den Antrag, den Weg, den er vermarken ließ, zu excataſtriren, was nach §. 3. des Gesetzes vom 15. Juli 1821 nur für öffentliche Wege statthaft ist. Diesem Gesuch wurde auch entsprochen und inzwischen der Weg von den Güterbesitzern, die desselben bedurften, unbeanstandet benützt, auch in dem Primärkataster und Güterbuch der Weg als Feldweg unter Angabe des Meßgehalts eingetragen. Auf den Grund dieser Umstände nahm das Ministerium des Innern an, daß, wie es sich auch mit dem Eigenthum des fraglichen Wegs verhalten möge, durch die auf den Antrag des damaligen Besitzers vorgenommene Handlung jedenfalls der Weg für einen öffentlichen Feldweg erklärt worden sey, und hiernach dem Besitznachfolger das Recht nicht zustehe, ohne Zustimmung der Betheiligten denselben umzugestalten, daß daher die Gebrüder W. den D. u. Gen. von dem Gebrauch des Wegs nicht auszuschließen vermögen und daher unter Abänderung der Erkenntnisse der vorigen Instanzen, die für die Gebrüder W. erkannt hatten, sowie unter Vergleichung der Kosten und Sporteln gehalten seyen, denselben den Gebrauch des Wegs auch fernerhin zu gestatten. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde von dem K. Geheimenrath verworfen.

XXVII. (Entsch. v. 14. Sept. 1858.) In S. der Gemeinde G. c. Gemeinde N., Oberamts W., Recht auf die Beibehaltung eines öffentlichen Fußwegs betr., wurde ausgesprochen, daß, da der fragliche Fußweg wie der Augenschein seine theilweise Belegung mit Platten und Ueberbrückung einzelner Gräben zeige, auch durch mehrfache Zeugenaussagen bestätigt sey, unzweifelhaft rechtlich bestehe, der Umstand, daß derselbe in den öffentlichen Bü-

Digitized by Google

chern nicht vorgemerkt, und in die Ortskarte nur theilweise eingezeichnet, auch bei der Besteurung nicht berücksichtigt worden sey, gegen den rechtlichen Bestand des Wegs nicht in Betracht komme, weßhalb, da der Fußweg nicht für entbehrlich angesehen werden könne, die Gemeinde N. unter Verurtheilung in die Kosten und Sporteln für verbunden erkannt wurde, den Weg den Einwohnern von G. auch ferner zu gestatten. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde von dem K. Geheimenrath unter Hinweisung auf diese Gründe verworfen, unter dem Beisatz, daß man sich nicht habe bewogen finden können, der in dieser Instanz vorgetragenen Bitte um Vernehmung weiterer Zeugen dafür „daß von dem Oberamt und Gemeinderath bestimmt worden sey, es solle nach vollendeter Herstellung der Verbindungsstraße" das Begehen des Fußwegs in Frage ein Ende haben, durch Anordnung der Vernehmung der Zeugen Folge zu geben, indem die hier behauptete bis jetzt ganz unbescheinigte Thatsache gegenüber von dem vorliegenden Ausspruch der höchsten Gemeindeaufsichts-Behörde jedenfalls irrelevant wäre.

XXVIII. (Entsch. v. 9. Nov. 1858.) In S. der Gesammtgemeinde W. c. Staatsfinanzverwaltung und der Gesammtgemeinde H. c. dieselbe, die Verbindlichkeit zum Schneebahnen auf der Markung der Gemeinde St. J., beziehungsweise K. betr., wurde sowohl von dem Ministerium des Innern als dem K. Geheimenrathe ausgesprochen, daß das Schneebahnen auf den Straßen eine allgemeine polizeiliche Verbindlichkeit der Gemeinden sey und nicht zu den Lasten des Markungsinhabers, insbesondere nicht zu der Wegbaulast gehört, demgemäß aber nach Art. 3 des Gesetzes vom 17. Sept. 1853 Verbindlichkeit der Gesammtgemeinde ist.

XXIX. (Entsch. v. 29. Dez. 1858.) In der Rechtssache des Müllers G. von G. gegen die Gemeinderechtsbesitzer, beziehungsweise die Gemeinde daselbst, Anspruch auf die

Digitized by Google

Herstellung eines Stegs über die G. betreffend, wurde der Müller mit seinem Anspruch abgewiesen, weil die Herstellung des Stegs als ein öffentliches Bedürfniß deßhalb nicht betrachtet werden könne, weil der Uebergang in der Regel mittelst der vorhandenen Furth, beziehungsweise die in dem Bache vorhandenen Schrittsteine möglich, für den Fall aber, daß dieß ausnahmsweise wegen hohen Wassers nothwendig sey, für die Verbindung der G.-Mühle mit G. auf dem gewöhnlichen Vicinalweg mit einem unbedeutenden Umweg gesorgt sey, wie denn der schon vor langer Zeit bestandene Steg seit mehr denn 40 Jahren eingegangen sey, ohne daß inzwischen Beschwerde erhoben wurde.

XXX. (Entsch. v. 3. Jan. 1859.) In S. der Staatsfinanzverwaltung c. die Stadt N., Anspruch auf die Uebernahme der Baulast an mehreren Wegen in Folge des Neusteuerbarkeitsgesetzes betr., wurde in allen Instanzen der erhobene Anspruch abgewiesen, weil die streitigen von jeher auf der Markung von N. gelegenen Wege seit unvordenklicher Zeit von der Staatsfinanzverwaltung unterhalten wurden, und kein Beweis dafür vorliege, daß diese Unterhaltung ihren Grund in der Exemtion der Staatsfinanzverwaltung von der Gemeindebesteuerung gehabt habe.

XXXI. (Entsch. v. 14. März 1859.) Auf dem Wege von W. nach R., dessen Unterhaltung den betreffenden Gemeinden obliegt, führte zwischen W. und L. früher eine Furth über die Vorbach. Im Jahr 1823 beschloß die Amtsversammlung, über die Vorbach an der Stelle der Furth eine Brücke zu erbauen, wobei die betheiligten Gemeinden, insbesondere L., auf dessen Markung die Furth sich befindet, Frohnen leisten sollten. Im Jahr 1825 wurde die Brücke hergestellt, und der Aufwand hiefür, sowie, da die Gemeinden, namentlich L. sich weigerten, etwas zu bezahlen, auch der Aufwand für die in der Frohn herzustellenden Arbeiten auf die Amtspflege

Digitized by Google

dekretirt. Gleiches fand mit den später erforderlichen übrigens nicht bedeutenden Reparaturkosten Statt. Im Jahr 1845 wurde eine Hauptreparatur der Brücke in Folge von Hochwasser erforderlich. Die Amtsversammlung verweigerte dieselbe und verlangte, daß die Gemeinde L. als Markungsinhaberin dieselbe und die Unterhaltung der Brücke übernehme, dieselbe verweigerte es aber, weil die Brücke ohne ihr Zuthun und ohne ihre Einwilligung hergestellt worden sey, wogegen die Amtsversammlung ihre Verbindlichkeit gleichfalls bestritt, weil sie in dem gefaßten Beschlusse nichts Weiteres ausgesprochen hatte, als daß sie die Brücke bauen wolle und die Bestreitung der weiteren Kosten ohne nähere Prüfung des Sachverhältnisses erfolgt sey. Schon im Jahr 1845 erkannte aber die Kreisregierung in erster Instanz die Amtsversammlung für verbunden zur Herstellung der Brücke; denn nachdem sie beschlossen habe, eine Brücke über die Vorbach zu bauen, ohne sich dabei der Uebernahme der Baulast durch einen Anderen, insbesondere den nach dem öffentlichen Recht baupflichtigen Markungsinhaber zu versichern, könne sie dieß bei den einer Korporation in der Verwaltung der öffentlichen Gelder obliegenden Verpflichtungen in keiner anderen Absicht gethan haben, als in der, im Zweifelsfalle die Baulast zugleich zu übernehmen. Die Brücke wurde reparirt, erst im Jahr 1858 erhob die Amtsversammlung gegen das Erkenntniß der Kreisregierung Beschwerde bei dem Ministerium und dem K. Geheimerath, wurde aber in beiden Instanzen hiemit abgewiesen. Hiebei wurde angenommen, daß die Kompetenz zur Entscheidung von Seiten der K. Kreisregierung in erster Instanz begründet war, weil das Oberamt, das den Vorsitz in der Amtsversammlung führt, hiezu nicht befugt war.

XXXII. (Entsch. v. 16. Juni 1859.) Die Wegstreitigkeiten zwischen Anton K. von M., Gemeinde G., Oberamts W., und Josef St. von da wegen des Anspruchs auf einen als Fußweg anerkannten Weg über die Ein-

Digitized by Google

öde des St. als eines Fahrwegs war zuerst bei den Gerichten, nachher bei den Administrativjustizstellen anhängig, indem K. den Weg zuerst als eine privatrechtliche Fahrgerechtigkeit und als er hiemit abgewiesen war, bei dem Oberamt als einen öffentlichen Fahrweg in Anspruch nahm. Hiebei wurde die von dem Oberamt dem Kläger abgesprochene Aktivlegitimation demselben zuerkannt, da Jeder, der ein Interesse bei dem Bestehen eines Wegs habe, auch befugt sey, als Kläger den Anspruch geltend zu machen, während das Oberamt dieses Recht bloß den Vertretern der Gemeinde zuerkannte. In der Hauptsache wurde aber dem Kläger auch in allen Instanzen der Administrativjustiz das Recht zur Befahrung des Weges deßhalb anerkannt, weil der Augenschein ergab, daß derselbe blos eine Breite von 6′ habe, sonach nicht als Fahrweg rechtlich dienen könne, obgleich einzelne Zeugen bestätigten, daß er als solcher hie und da benützt worden sey.

XXXIII. (Entsch. v. 29. Juni 1859.) In gleicher Weise war die Wegstreitigkeit zwischen Joseph Anton A. von Sch. und der Gemeinde N., beziehungsweise Joh. Anton B. und Joh. Baptist R. von N., Nichtanerkennung eines öffentlichen Fahrwegs über das Gut des A. betr., zuerst bei den Gerichten in zwei Instanzen anhängig, indem A. gegen die letztgenannten Beklagten mit der actio negatoria hinsichtlich der von denselben ausgesprochenen Fahrberechtigung auftrat und in der That mit Recht das Erkenntniß erwirkte, daß eine Wegservitut über sein Gut nicht bestehe, ein Erkenntniß, dessen Nutzen schon nach den Entscheidungsgründen und der in denselben enthaltenen ziemlich unumwundenen Hinweisung auf die öffentliche Eigenschaft des Wegs für den Kläger ziemlich problematisch, seinen Werth für denselben ganz verlor, als die Verhandlungen über die öffentliche Eigenschaft des Wegs durch den Eintrag desselben in dem Primärkataster, dem Güterbuch der Landesvermessungskarten, die Zeugenaussagen und den Augenschein über die Beschaffenheit des

Digitized by Google

Wegs die öffentliche Eigenschaft des Fahrwegs als eines Jedermann und somit auch den Beklagten offen stehenden Weges außer Zweifel setzten. Wer schon mit derartigen Wegbaustreitigkeiten bei Gericht oder den Administrativstellen zu thun hatte, wird bestätigen, daß von Anwälten wie Behörden die Beachtung der Frage, ob es sich um einen öffentlichen Weg oder um ein privatrechtliches Wegrecht handle, nicht selten außer Acht gelassen wird, und doch ist eine nähere Feststellung dieser Frage vor Allem geeignet, den Behörden Zeit, den Parteien aber Kosten zu ersparen. In dem vorliegenden Fall wurde angenommen, daß die Frage über das Eigenthum der Grundfläche des Wegs dahingestellt bleiben könne, da selbst der Umstand, daß die Fläche sich im Eigenthum des A. befinde, dem Bestehen eines öffentlichen Wegs keinen Eintrag thue.

XXXIV. (Entsch. v. 20. Sept. 1859.) In der Wegstreitsache der Gemeinde O. gegen die Besitzerin des M.-Hofs, das Bestehen eines öffentlichen Fahrwegs über den M.-Hof betreffend, wurde ausgesprochen, daß nachdem der Bestand des Weges durch den Eintrag in dem Lagerbuch von 1699 in dem Primärkataster wie durch Zeugenaussagen als erwiesen anzusehen sey, der Umstand, daß der Weg da, wo er in einen anderen mehr befahrenen Vicinalweg einmündet, nach der Beschaffenheit des Terrains in mehreren Fahrten (Geleise) auseinandergehe und schlecht unterhalten worden sey, dem rechtlichen Bestand des Weges als solchen keinen Eintrag zu thun vermöge.

XXXV. (Entsch. v. 4. Okt. 1859.) In S. der Gemeinde J., Oberamts T., gegen die Gemeinde St., das Bestehen eines berechtigten öffentlichen Fußwegs, eventuell die Zulässigkeit seiner Abstellung betreffend, wurde ausgesprochen, daß, nachdem der rechtliche Bestand des fraglichen Weges an sich erwiesen sey, der Umstand, daß derselbe an einigen Stellen in verschiedene sich wieder vereinigende Spuren auslaufe, seinem Bestand keinen Eintrag zu thun vermöge.

Digitized by Google

Zugleich sprach der K. Geheimerath hinsichtlich der von Seiten des Ministeriums des Innern und der Kreisregierung nicht genehmigten Abstellung dieses Fußwegs sich dahin aus, daß der Gemeinderath mit seiner dießfallsigen Beschwerde abzuweisen sey, da er für die von ihm verfügte Abstellung keine Rechtsgründe geltend gemacht habe, die etwa vorliegenden Zweckmäßigkeitsgründe aber für diese Abstellung von dem K. Geheimenrath in seiner Eigenschaft als oberster Administrativjustizbehörde nicht berücksichtigt werden könne.

XXXVI. (Entsch. v. 4. Okt. 1859.) In der Streitsache der Standesherrschaft X. gegen die Gemeinde O., Anspruch auf den Ersatz für die Herstellungskosten eines Holzabfuhrwegs und Uebernahme der Verbindlichkeit seiner ferneren Unterhaltung durch die Gemeinde in Folge der Einverleibung des Waldes in die Gemeindemarkung betr., wurde ausgesprochen, daß die Gemeinde in Folge der Einverleibung des Waldes keine Verbindlichkeit zur Uebernahme der Kosten und der ferneren Unterhaltung des Weges habe, weil der fragliche Holzabfuhrweg als ein unständiger Weg nicht als ein öffentlicher, d. h. Jedermanns Gebrauch offen stehender Weg anzusehen und deßhalb von dem betreffenden Waldbesitzer zu unterhalten sey.

XXXVII. (Entsch. v. 18. Okt. 1859.) In S. des Gemeinderaths L. gegen die Hospitalverwaltung X., Herstellung eines fahrbaren Weges durch den Hospitalwald B. betr., handelte es sich um die Frage, ob der Streit als eine Administrativsache oder als eine Administrativjustizsache anzusehen sey? Für Ersteres hatte sich die Kreisregierung, für Letzteres das Oberamt entschieden. Der Sachverhalt ist kurz folgender. Von dem Sitz des Pfarrers und Schultheißen führen zu der zu dieser Schultheißerei gehörigen Parzelle drei Wege, von denen der über den B... wald 10,700′ die beiden anderen der eine 13,600′ der andere 16,000′ Länge haben. Die Hospitalverwaltung

Digitized by Google

erkennt den Weg nur als einen Fußweg an und ist bereit, denselben in einem hiefür brauchbaren Zustand herstellen zu lassen. Schon im Jahr 1852 erklärte das Oberamt B. die Herstellung eines fahrbaren Schul-, Kirchen- und Leichenwegs zwischen diesen Orten für ein Bedürfniß. Das Schultheißenamt L. wurde daher aufgefordert, für die Herstellung eines solchen Weges zu sorgen und mit der Hospitalverwaltung sich wegen der Führung des Wegs durch den B... wald zu benehmen. S. und L. stellten den Weg her und der Stiftungsrath in X. beschloß unterm 29. Okt. 1852 den Weg durch den B... wald herzustellen, wenn von einer Bekiesung desselben abgestanden werde, und L. die eigene Markung des B... walds unter Aufhebung des seitherigen Widerspruchs anerkenne, worauf jedoch L. nicht einging, dagegen unterm 22. Mai 1858 eine förmliche Klage bei dem Oberamt B. einreichte, mit dem Antrag: „es wolle dem Hospital B. die Herstellung des angesonnenen Weges durch den B... wald auferlegt werden". Das Oberamt erkannte den Hospital B. für schuldig, den fraglichen Weg so wie er von U. und L. bereits hergestellt sey, durch den B... wald fortsetzen zu lassen, vorbehältlich des Kostenersatzes durch die Gemeinde, wenn der B... wald als der Gemeindemarkung angehörig, anerkannt werden sollte. Für dieses Erkenntniß setzte das Oberamt eine Sportel an. In seiner Beschwerde machte der Stiftungsrath X. geltend, daß die Anwendung des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 nicht begründet sey, weil die sog. Klage der Gemeinde L. nur als eine Denunciation gegen eine polizeiliche Verfügung aufgefaßt werden könne, und ihr kein Klagerecht auf die Herstellung eines neuen Weges zustehe, da der seitherige Weg blos ein Fußweg sey. Die Kreisregierung sprach auch den Hospital von der Verbindlichkeit der Herstellung eines Fahrwegs durch den B... wald frei, weil bei dem Bestehen von zwei anderen, wenn auch längeren Wegen kein Grund vorliege, einem Dritten die Her-

Digitized by Google

stellung eines neuen Wegs aufzuerlegen, behandelte aber die Beschwerde als Beschwerde gegen eine polizeiliche Verfügung und hob den Sportelansatz auf. In der Instanz des Ministeriums dagegen machte die Gemeinde geltend, daß es in der Aufgabe der Gemeinde liege, fehlende Verbindungswege anzulegen oder fehlerhaft angelegte durch Vorlegung zu verbessern. Demgemäß nahm das Ministerium an, daß die Gemeinde L. die Herstellung des Wegs durch den Hospitalwald als ein Recht angesprochen habe, wies zwar den erhobenen Anspruch ab, behandelte aber den Streit als eine Administrativjustizsache.

Unseres Erachtens sollten in solchen Fällen die Parteien stets zur bestimmten Erklärung vorher aufgefordert werden, in welcher Weise sie auftreten wollen, sofern nach der häufig nicht ganz klaren Fassung der Parteienvorträge hierüber Zweifel besteht. Eine Verbindlichkeit einer Gemeinde, einer anderen für einen vorher nicht bestandenen Verbindungsweg zu sorgen, hat man inzwischen unseres Wissens nie angenommen, es kann somit auch auf die Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit nicht geklagt werden.

XXXVIII. (Entsch. v. 18. Sept. 1858.) In S. der Staatsfinanzverwaltung gegen die Gemeinde D., beziehungsweise Parzelle E., Oberamts W., sprach die Staatsfinanzverwaltung das Recht an, die von ihr inzwischen besorgte Baulast an der A.-Brücke auf der Straße von W. über E. nach J. auf den Grund des Gesetzes vom 18. Juni 1849 der Gemeinde zu überweisen. Sie wurde jedoch in allen Instanzen mit diesem Anspruch abgewiesen, weil die fragliche Brücke anerkanntermaßen seit unvordenklicher Zeit von der Staatsfinanzverwaltung und ihren Besitzvorfahrern (der Krone Bayern und der Reichsstadt W.) unterhalten worden war, und bei der der Straße zukommenden Eigenschaft eines öffentlichen Wegs eine so lange und so beständig fortgesetzte Leistung sich nur aus der Annahme einer Verpflichtung begründen lasse, eben deß-

Digitized by Google

halb den Titel der unvordenklichen Verjährung begründe, das Gesetz vom 18. Juni 1849 aber hieran nichts ändern könne, weil es an allem Nachweis dafür fehle, daß jene Last speziell auf der Exemtion der Gefälle und Grundstücke der Staatsfinanzverwaltung ruhe, welche in Folge dieses Gesetzes in den Gemeindeverband von D. eingetreten seye.

XXXIX. (Entsch. v. 22. Nov. 1859.) In S. der Gemeinde H. gegen die Gemeinde X., Herstellung des auf der Markung des letzteren Orts gelegenen Theils des Wegs von H. nach N. betreffend, handelte es sich bei vorhandenem Anerkenntniß der Statthaftigkeit der Benützung des Wegs für den allgemeinen Gebrauch um die Frage, ob der Weg nicht entbehrlich seye, weil mit einem Umweg von $^{11}/_{16}$ Poststunden (auf $1^{3}/_{4}$ Poststunde Entfernung im Ganzen) über X. gefahren werden könne, und ob der Weg mit einem Steinkörper versehen werden müsse, was bei der Beschaffenheit des Bodens nach technischem Urtheil für die beständige Fahrbarkeit des Wegs erforderlich ist. Nach Verneinung der ersten Frage wurde die zweite bejaht, der Gegenstand aber in allen Instanzen als Administrativjustizsache behandelt.

XL. (Entsch. v. 3. Januar und 9. Juni 1860.) In S. der St.'schen Kinder von B., Oberamts M., c. die Steinbruchbesitzer Th. und Sch. von A., königl. bayerischen Landgerichts U., Benützung eines Wegs auf der Markung B. betreffend, wurden die St.'schen Kinder durch alle Instanzen für verpflichtet erkannt, die Benützung des auf ihrem Hofgut befindlichen Wegs zu gestatten, weil 1) derselbe als eine Fortsetzung des Weges sich darstelle, der nach den Landesvermessungskarten der Markung B. als auf der anstoßenden Markung der bayerischen Gemeinde B. an jene Wegstrecke unmittelbar sich anschließt, beiderseits versteint ist, und im Eigenthum der Gemeinde sich befindet, und hiernach sowie nach der ungehinderten Benützungsweise als öffentlicher Weg zu betrachten ist;

Digitized by Google

2) zwar die öffentlichen Urkunden keine Auskunft über die Eigenschaft dieser Wegstrecke geben und dieselbe auch in die Landesvermessungskarte nicht eingezeichnet ist, auf diese Thatsachen aber eine bestimmte Schlußfolgerung gegen die Eigenschaft dieser Strecke als eines öffentlichen Verbindungswegs nicht gebaut werden kann; 3) durch die Aussagen einer Mehrzahl von beeidigten Zeugen, gegen deren Glaubwürdigkeit eine begründete Einwendung nicht besteht, erwiesen ist, daß diese Strecke unmittelbar vor der Zeit, wo der eigentliche Streit begonnen, die zu der außerordentlichen Ersitzung von Wegeservituten erforderliche Zeit von dreißig und mehr Jahren hindurch durch Fuhrwerke aller Art und aus verschiedenen Orten in einer Weise befahren wurde, wonach seine Benützung als eine ununterbrochene erscheint; 4) angenommen werden muß, es sey diese Benützung in gutem Glauben geschehen, insoferne nach der Darstellung der meisten hier maßgebenden Zeugenaussagen kein Grund vorliegt, daran zu zweifeln, daß diejenigen, welche den Weg ungehindert befahren, der Meinung gewesen seyen, zu dieser Handlung berechtigt zu seyn; 5) der den Rekurrenten obliegende und von ihnen angetretene Beweis: daß der Gebrauch des Weges entweder gewaltsam oder heimlich oder bittweise geschehen sey, nicht als erbracht anzusehen ist, da aus den Zeugenaussagen hervorgeht, daß die meisten der Fuhrleute an dem Gebrauch des Weges nie gehindert, und daß zwar in einigen Fällen eine Einsprache des Gutsbesitzers gegen diesen Gebrauch erhoben worden, daß aber diese Einsprache entweder nur gegen die Beschädigung des außer diesem Wege liegenden Eigenthums gerichtet gewesen, oder erst in der neuesten Zeit, wo der Prozeß seinen Anfang genommen, geschehen und die Sache nie ernstlich verfolgt worden sey, indem die, welche nach der Meinung des Gutsbesitzers unbefugt gehandelt, nicht belangt wurden, der Weg nicht durch Schranken gesperrt wurde, auch die nach vieljährigem Gebrauch des Wegs

Digitized by Google

angebrachte Warnungstafel nach vierzehntägigem Bestand wieder in Abgang gekommen ist, endlich daß der Gutsbesitzer in mehreren Fällen Solchen, die er selbst auf diesem Wege fahren gesehen, eine Einwendung gegen dieses Fahren nicht gemacht hat.

XLI. (Entsch. v. 4. Febr. 1860.) Ein Theil des Wegs von R. nach G. führt über den eine eigene Markung gebildet habenden fürstlich X.'schen Wald B.stein. Im Jahr 1761 war die Verlegung des Wegs auf seine jetzige Stelle zur Sprache gekommen, und da dieselbe im Interesse seiner besseren Benützung, sowie des fürstlichen Unterthanen J. M. von R. gelegen war, so kam zwischen der fürstl. Herrschaft und genanntem M. unter'm 6. Juli 1761 eine Uebereinkunft dahin zu Stande, daß M. sich verbindlich machte

1) einen Theil des Bodens zu dem neuen Weg herzugeben, das Holz dem Boden gleich abzuhauen und nach Erfordern auszugraben;

2) den Weg abzugleichen, nach Nothdurft mit Steinen zu überführen, und in guten Stand zu bringen;

3) die beständige gute Erhaltung des Wegs auf seine eigene Kosten zu übernehmen, auch die Seinigen dazu anzuhalten.

Der Inhalt dieser Uebereinkunft wurde auch in der Beschreibung des neuen Wegs am 11. Mai 1765 wiederholt.

Ob und wie die Unterhaltung des Wegs nach dieser Uebereinkunft besorgt wurde, ließ sich nicht erheben. Der jetzige Besitzer des M.'schen Guts bestritt seine Verbindlichkeit, indem er behauptete, daß weder er noch sein Vater, der 1790 auf das Gut gekommen war, je von dieser Pflicht etwas gehört haben, daß aber die Gemeinde R. den Weg unterhalten habe. In den Gemeinderechnungen für R. fanden sich allerdings von 1839 an mehrfache Ausgaben für den G.er Weg, wobei aber dahingestellt bleiben mußte, ob sich dieselben gerade auf die

Digitized by Google

ſtreitige Wegſtrecke beziehen, da die Arbeiter und die Betheiligten geſtorben waren.

Der fürſtliche Wald B... ſtein wurde nun der Gemeinde D., Oberamts K., einverleibt. Die der Gemeinde D. als nunmehriger Markungsinhaberin angeſonnene Wegbaulaſt zog aber dieſelbe deßhalb in Abrede, weil ihr dieſelbe, was richtig iſt, bei der Einverleibung nicht ſpeziell auferlegt, über dieſelbe hiebei überhaupt nicht verhandelt worden ſey, und nach der Uebereinkunft von 1761 der Gutsnachfolger des M. und wenn die Gemeinde B. an ſeine Stelle getreten ſeyn ſollte, dieſe den Weg zu unterhalten habe. Bei der Verhandlung ſtellte ſich heraus, daß R. allerdings im Jahr 1817 eine Hauptreparatur an der ſtreitigen Wegſtrecke vorgenommen habe, auch gab die Gemeinde R. zu, daß ſich die Aufzeichnungen in den Gemeinderechnungen auf den ſtreitigen Weg bezogen haben werden. Gleichwohl wurde aber in allen Inſtanzen die Gemeinde D. zur Uebernahme der Wegbaulaſt vorbehältlich ihrer civilrechtlichen Anſprüche gegen den Beſitznachfolger des M. oder die Gemeinde R. auf die Uebernahme derſelben für verpflichtet erkannt, weil weder M. noch die Gemeinde R. bei ihren Leiſtungen dieſelben in der Abſicht erfüllt haben können, hiemit eine öffentlich rechtliche Pflicht zu üben, der Weg, der unbeſtrittener Maßen in das Eigenthum der fürſtlichen Herrſchaft übergegangen war, der Markung R. nie angehört habe.

XLII. (Entſch. v. 28. Febr. 1860.) In S. der Staatsfinanzverwaltung gegen die Gemeinde W. nahm die Erſtere die Uebernahme der Baulaſt an dem durch den Staatswald E. führenden Wege von W. nach D. deßhalb in Anſpruch, weil der Wald nunmehr der Gemeindemarkung W. einverleibt ſey und am Kommunſchaden mit zu bezahlen habe. Sie wurde aber mit dieſem Anſpruch abgewieſen aus folgenden Gründen:

1) Es müſſe nach der gegenwärtigen Ortsanlage dahingeſtellt bleiben, ob der fragliche Wald ſchon vor dem

Digitized by Google

Erscheinen des Gesetzes vom 18. Juni 1849 der Gemeindemarkung von W. einverleibt gewesen sey, oder ob in Folge dieses Gesetzes eine Aenderung in den Markungsverhältnissen eingetreten sey, aus welcher die Pflicht zur Uebernahme der Wegbaulast auf die Gemeinde W. abzuleiten wäre, weil nicht nachgewiesen sey, daß die Aufführung des Waldes in dem Primärkataster und den Flurkarten der Gemeinde als eines Bestandtheils der Gemeindemarkung W. auf einem ausdrücklichen Anerkenntnisse der Staatsfinanzverwaltung beruhe, und auch in den weiteren Erklärungen aus Anlaß der Vollziehung des Gesetzes vom 18. Juni 1849 ein solches Anerkenntniß nicht mit Entschiedenheit ausgesprochen worden sey, auch dagegen der Umstand spreche, daß ein Wald, welcher der in Rede stehende zu seyn scheine, im Jahr 1829 der Gemeinde W. blos in gerichtlicher und polizeilicher Beziehung zugetheilt worden sey; jedenfalls aber sey

2) bis jetzt nicht nachgewiesen, daß die Eigenthümerin des Waldes die Unterhaltung des streitigen Weges als eine auf dem Staatswald E. ruhende öffentliche Pflicht übernommen habe, und es könne somit auch nicht gefordert werden, daß diese Last als eine nach Art. 2. des Gesetzes vom 18. Juni 1849 auf die jetzige Markungsinhaberin übergehende angesehen werde, weil der Weg im Jahr 1833 oder 1834 nur als Holzabfuhrweg angelegt, im Jahr 1839 erbreitert und im Jahr 1844 auf Antrag einer Staatsbehörde weiter verbessert worden sey, ungeachtet die Gemeinde die Leistung eines Beitrags zu diesem Wege als einem überflüssigen abgelehnt habe. Der Weg sey ferner für das Publikum längere Zeit gesperrt und mit Warnungstafeln versehen gewesen und scheine somit nur als ein Privatweg der Waldeigenthümerin betrachtet worden zu seyn, der diese Eigenschaft auch dadurch nicht verloren hätte, daß in Folge des gesteigerten Verkehrs mit Baden dessen Gebrauch stillschweigend gestattet werde. Soviel bekannt, sey auch noch von keiner

Digitized by Google

Seite her ein Anspruch auf die Forterhaltung des Wegs erhoben worden. Dem Anspruch auf die Uebernahme des Weges als eines Güterweges stehe aber entgegen, daß derselbe als nur für Einen Güterbesitzer erforderlich nicht als öffentlicher Güterweg angesehen werden könne.

XLIII. (Entsch. v. 20. Juni 1860.) In S. B. v. N. c. Gemeinde K., Oberamts B., Herstellung von 3 Brücken auf dem Wege von N. nach K. betr., wurde B. mit dem erhobenen Anspruche auf die Herstellung dieser Brücken über 3 flache die Straße überströmenden Bäche unter Verfällung in die Kosten und Sporteln abgewiesen, weil in gewöhnlichen Zeiten der Verkehr durch den Mangel dieser Brücken nicht gehemmt sey, für außerordentliche Nothfälle aber mit einem Umweg von 3200' auf einer anderen Straße gesorgt sey.

XLIV. (Entsch. v. 24. März 1857.) In S. der Stadt L. gegen K. von da, den Anspruch auf die Abführung des Wassers durch eine offene Kandel statt einer bestehenden Dohle betreffend, wurde der Gemeinderath mit seinem Anspruch unter Verfällung in die Kosten und Sporteln abgewiesen, weil das Bestehen der von dem Gemeinderath behaupteten allgemeinen polizeilichen Lokalordnung, daß das Abwasser nur in offenen Kandeln abgeführt werden dürfe, nicht als nachgewiesen angesehen wurde, und nach technischem Gutachten kein Grund vorliege, die Abführung des Wassers durch eine Dohle in dem vorliegenden Falle von Polizeiwegen zu beanstanden.

XLV. (Entsch. v. 5. Mai 1857.) In S. der Hospitalverwaltung X. und der Gräfl. N.'schen Gutsherrschaft Kl. c. die Gemeinden H. und W. Bekl., Ersatz von Wegsunkosten betr., sprachen die Kl. den Ersatz der von ihnen aufgewendeten und bezahlten Wegbaukosten von einigen durch ihre Güter führenden Wege von den Beklagten deßhalb an, weil die fraglichen Güter den Markungen der betreffenden Gemeinden einverleibt gewesen seyen und noch zu derselben Gemeindeschaden zu bezahlen haben, wo-

Digitized by Google

gegen die Gemeinden ihre Verbindlichkeit deßhalb bestritten, weil die Wege auf ihren Markungen in der Frohn hergestellt werden, die Gemeinden sonach für dieselben keinen Aufwand zu machen haben. Die Gemeinden wurden für verbunden erkannt, die Kosten in dem Maße zu ersetzen, in welchem der Werth der in der Frohn zu leistenden Arbeit für die fahrbare Unterhaltung der fraglichen Wege anzuschlagen sey, worüber noch ein Liquidationsverfahren nach eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses einzutreten habe, weil

1) die Kläger versäumt hatten, auf das oberamtlich an sie ergangene Ansinnen der Herstellung der fraglichen Wege auf die Verbindlichkeit der Gemeinden hinzuweisen;

2) der Umstand aber, daß die Gemeinde keinen baaren Aufwand zu machen gehabt haben würde, sondern die Wege auf ihrer Markung in der Frohn herstellen lasse, die Gemeinde der Verbindlichkeit nicht enthebe, für den ihren Frohnpflichtigen durch die unterlassene Inanspruchnahme für diese Verpflichtung zugegangenen Vortheil einzustehen.

XLVI. (Entsch. v. 18. Oktbr. 1860.) In S. der Gemeinde B., Oberamts W., c. die Gemeinde D., Abstellung eines Fußwegs von B. nach D. betreffend, war unbestritten, daß seit undenklichen Zeiten ein Fußweg von B. nach D. wohin die B.'schen Einwohner eingepfarrt sind, besteht, gleichwohl wurde aber B. mit dem Verlangen der Wiedereröffnung des von der Gemeinde D. abgestellten Fußwegs abgewiesen, weil derselbe nicht kürzer als der Vicinalweg sey, bloße Annehmlichkeitsrücksichten aber, welche die Gemeinde B. geltend machte, keinen Grund zur Beibehaltung des Fußweges gebe.

XLVII. (Entsch. v. 10. Dez. 1860.) In S. der Staatsstraßenbauabtheilung c. die Gemeinde W., Zuweisung einer Straßenstrecke als Etterstaatsstraße in die Unterhaltung der Gemeinde betr., wurde ausgesprochen, daß da nach dem Sprachgebrauch und der praktischen Anwendung der

Digitized by Google

Etter die Umgränzung einer bewohnten Ortschaft bezeichne, und somit auch einseitige Häuserreihen in sich begreife, die mit den übrigen Theilen der Ortschaft zusammenhänge, durch Zwischenräume von 60—80′ aber der Zusammenhang der neuen Gebäude mit dem alten Wohnbezirk keine wesentliche Unterbrechung erleide, die Gemeinde zur Uebernahme der Straßenstrecke als Etterstaatsstraße verpflichtet sey. (Fortsetzung folgt.)

---

2) Zu der Frage über Rückforderung der von öffentlichen Kassen geleisteten Armenunterstützungen.

(Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey.)

Die im Band IV., S. 392 dieses Archivs mitgetheilten Entscheidungen der Administrativbehörden über die Verbindlichkeit zum Rückersatz von Armenunterstützungen haben in der Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung, IV. Jahrgang, S. 19 u. f. zu einer Ausführung Veranlassung gegeben, deren Verfasser, Herr Oberamtmann Maier, abweichend von jenen Entscheidungen zu dem Resultat gelangt, daß mit Ausnahme der unter den Begriff von wohlthätigen Spenden öffentlicher Kassen fallenden Leistungen alle diejenigen Armenunterstützungen, welche vermöge der gesetzlichen, den Gemeinden obliegenden Pflicht der Armenunterhaltung gereicht werden, von dem wieder zu Vermögen gelangten unterstützten Subjekt zu ersetzen seyen. Der Herr Verfasser dieser Ausführung, welche im Eingang eine Darstellung des ganzen in der Armenkastenordnung vom 2. Januar 1615 aufgestellten Systems der Armenpflege gibt, gelangt zu diesem Resultat, indem er nachzuweisen versucht, daß aus den speziellen württembergischen Verordnungen über die öffentliche Armenunterstützung für die vorliegende Frage, jedenfalls für die

Digitized by Google

in den angeführten Entscheidungen aufgestellten Grundsätze Nichts gefolgert werden könne und daß aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, auf welche man hiernach angewiesen sey, die Ersatzpflicht folge. Bei dem großen praktischen Interesse dieser Frage wird eine weitere Beleuchtung derselben keiner besonderen Rechtfertigung bedürfen.

Zur Beseitigung von möglichen Mißverständnissen ist vor Allem darauf aufmerksam zu machen, daß „die gerichtlichen Entscheidungen über ähnliche Streitigkeiten" welche die Redaktion der Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit der erwähnten Ausführung beigefügt und nach welchen das Gericht sich für den Wiederersatz ausgesprochen hat, keineswegs im Widerspruch mit den Entscheidungen der Administrativbehörden stehen, welche den Rückersatz abgelehnt haben. In den mitgetheilten, von dem Gerichtshof in Eßlingen entschiedenen Fällen handelt es sich nicht um den Rückersatz durch den wieder zu Vermögen gelangten Unterstützten selbst, sondern um den Ersatz der geleisteten Unterstützung durch dritte Personen, welche alimentationspflichtig sind und in deren Vertretung die öffentliche Kasse alimentirt hat. Hier ist also die Klage auf Rückersatz die einfache Klage aus der versio in rem oder negotiorum gestio, unter Umständen auch die Mandatsklage und wie ebendeßhalb der Civilrichter zu deren Verhandlung unzweifelhaft unzuständig ist, so hätte die Verpflichtung zum Ersatz in den angegebenen Fällen abgesehen von thatsächlichen Einwendungen rechtlich von Anfang an gar nicht angezweifelt werden sollen.

Hievon ganz verschieden ist der Fall, wenn von dem Unterstützten selbst der Ersatz der gewährten Unterstützung verlangt wird. Selbst wenn die einschlägigen besonderen Bestimmungen des württembergischen Rechts über Armenunterstützung für die Entscheidungen der vorliegenden Frage keine Normen an die Hand geben würden, wobei jedoch zu bemerken ist, daß die im Band 4 dieses Archivs

Digitized by Google

enthaltenen Deduktionen aus diesen Quellen in dem erwähnten Aufsatz der Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht widerlegt seyn dürften, so folgt hieraus doch nicht das Geringste für die Bejahung der Frage.

Denn gerade die „allgemeinen Rechtsgrundsätze", nach welchen diese Frage zu entscheiden seyn soll, führen zur Verneinung eines Rechts auf Wiedererſatz. Selbſtverſtändlich ſind hiebei drei Fälle von vornherein auszuſcheiden:

1) Wenn der Unterſtützte durch unwahres Vorbringen die Unterſtützung erſchlichen hat.

2) Wenn ſich die Behörde in Thatſachen geirrt hat, welche die geſetzlichen Vorausſetzungen ihrer Unterſtützungspflicht ſind, wenn alſo insbeſondere ſich nach gewährter Unterſtützung herausſtellt, daß der Unterſtützte zur Zeit derſelben ein eigenes Vermögen beſeſſen und die Möglichkeit gehabt hat, ſich ſelbſt zu unterhalten.

3) Wenn der Unterſtützte ſich vertragsmäßig zum Rückerſatz verpflichtet hat.

In dieſen drei Fällen iſt unzweifelhaft der Anſpruch auf Erſatz und zwar im erſten und zweiten Fall ſogleich, im dritten Fall je nach Maßgabe der beſonderen vertragsmäßig übernommenen Verpflichtung begründet. Außer dieſen Fällen, in welchen die Klage wegen dolus oder wegen irrthümlicher Zahlung einer Nichtſchuld oder aus dem Vertrag begründet iſt, läßt ſich ein civilrechtlicher Grund der Erſatzpflicht nicht nachweiſen. Der Herr Verfaſſer des erwähnten Aufſatzes will zwar einen ſolchen aus der rechtlichen Natur der öffentlichen Armenunterſtützungen, aus den Grundſätzen über negotiorum gestio und der Kuratel herleiten. Was nun aber, um zuerſt den letzten Grund zu würdigen, aus dem Inſtitut der Kuratel für dieſe Frage folgen ſoll, iſt nicht näher gezeigt. Allerdings iſt mit der Armenunterſtützung eine gewiſſe, der Kuratel verwandte Aufſicht verbunden, ſofern es der Armenkaſſe zuſteht, die Dienſte des Unterſtützten nach

Digitized by Google

Umständen als Gegenleistung in Anspruch zu nehmen (Art. 5 des Gesetzes vom 2. Mai 1852). Allein weitere Analogien mit der Kuratel lassen sich kaum aufweisen und man wird daher wohl der Berufung auf die Analogie keinen rechtlichen Werth abgewinnen können.

Was sodann die Berufung auf die rechtliche Natur der öffentlichen Armenunterstützungen betrifft, so ist bei der hierauf bezüglichen Ausführung eine präcise Unterscheidung zwischen den verschiedenen Fällen zu vermissen. Es wird gesagt: wenn der Unterstützte unerwartet später zu Vermögen komme oder solches hinterlasse, so stelle sich heraus, daß eine bleibende und unwiderrufliche Aufopferung öffentlicher Mittel für den Zweck seiner Unterhaltung nicht nöthig sey, daß die öffentliche Verpflichtung auch ohne solche bleibende Verwendung von Mitteln habe erfüllt werden können und daß, wenn nicht der jetzt mögliche Ersatz geleistet werde, die Armenkasse beschädigt sey, ganz ebenso, wie wenn der Unterstützte die Unterstützung erschlichen hätte. Hiegegen ist vor Allem zu bemerken, daß die „Erschleichung der Unterstützung" den Mangel derjenigen Thatsachen voraussetzt, welche zur Zeit der Unterstützung selbst die Verbindlichkeit hiezu bedingen, während bei der vorliegenden Untersuchung nur diejenigen Fälle in Frage stehen, in welchen zwar zur Zeit der Reichung der Unterstützung alle Voraussetzungen der gesetzlichen Verpflichtung hiezu vorlagen, der Unterstützte aber durch später eingetretene Thatsachen wieder in eine günstigere Lage versetzt wurde. Die rechtliche Verschiedenheit dieser beiden Fälle liegt so sehr am Tage, daß ein Schluß aus dem Fall der Erschleichung auf die vorliegende Frage auf den ersten Blick als ganz unstatthaft erscheint. Wenn ferner von dem Fall gesprochen wird, daß der Unterstützte bei seinem Tode Vermögen hinterlasse, so fragt es sich, ob das hinterlassene Vermögen erst später erworben wurde, oder ob dasselbe schon zur Zeit der Unterstützung vorhanden war. In letzterem

Digitized by Google

Fall konnte die öffentliche Kasse die Unterstützung unzweifelhaft in der Form eines Anlehens geben und wenn sie auch diese Form zu wählen unterlassen hat, so steht gleichwohl die Entscheidung des K. Geheimenraths einer Rückforderung der gewährten Unterstützung nicht entgegen, sofern eine gesetzliche Pflicht hiezu nicht vorlag. Was eine öffentliche Kasse ohne eine gesetzliche Pflicht auf einen Gemeindeangehörigen verwendet, kann in der Regel nach den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen wegen irrthümlicher Leistung einer Nichtschuld zurückgefordert werden, da, wie a. a. O. mit vollem Rechte hervorgehoben wird, überhaupt nicht, mithin auch nicht bei öffentlichen Kassen für die Absicht, zu schenken, zu vermuthen ist. Selbst dann aber, wenn ungeachtet der Kenntniß von dem Daseyn von Vermögen eine Unterstützung aus einer öffentlichen Kasse gewährt wird, allerdings ein seltener Fall, können die Verhältnisse von der Art seyn, daß nach civilrechtlichen Grundsätzen eine Ersatzforderung begründet ist, wenn z. B. wegen augenblicklicher Unmöglichkeit, vorhandene Mittel flüssig zu machen, ein Hauszins, ein Kostgeld, Lehrgeld bezahlt, Brennholz, Viktualien gekauft werden u. s. f. In solchen Fällen ist selbstverständlich durch die Entscheidung des K. Geheimenraths die Anwendung der Grundsätze von dem Mandat, der unbeauftragten Geschäftsführung, und der versio in rem[1] nicht ausgeschlossen. Die Gemeindebehörden benützen in solchen Fällen das Gemeindevermögen, ohne daß aber eine gesetzliche Pflicht der Gemeinde vorhanden wäre, welche jenen Klagen entgegengehalten werden könnte.

Ganz anders stellt sich das Rechtsverhältniß dar, wenn der Unterstützte *nach* der gewährten Unterstützung zu Vermögen gelangt. Abgesehen von der später zu prüfenden Berufung auf die Grundsätze der negotiorum gestio stützt sich für diesen Fall die ganze Begründung des erwähnten

[1] Vergl. Unterholzner, Schuldverhältnisse I. S. 200.

Aufsatzes auf den Satz, daß mit der Verneinung des Wiederersatzes die Armenkasse „beschädigt" wäre. Dieser juristisch nicht ganz genaue Ausdruck involvirt jedoch lediglich einen Zirkel im Beweis. Eine Beschädigung im juristischen Sinn liegt nur vor, wenn Jemand durch die Schuld eines Dritten einen Vermögensverlust erlitten hat. Wenn aber der Vermögensnachtheil bloßer Zufall, oder die Folge einer gesetzlichen Vorschrift, oder der eigenen Schuld desjenigen ist, dessen Vermögen sich vermindert hat, so kann nicht von einer Beschädigung mit rechtlichen Wirkungen gesprochen werden. Ueberhaupt aber ist die Bedingung des Ersatzes eines Schadens stets ein Rechtsgrund, welcher die Pflicht hiezu erzeugt. Wenn also die Thatsache „der Beschädigung" als ein Grund für den Anspruch auf Ersatz des Schadens angeführt werden will, so müßte zuerst dargethan werden, daß der Vermögensverlust die Folge einer Thatsache sey, welche einen Anspruch auf Ersatz nach dem positiven Recht erzeugt. In Wahrheit liegt aber im rechtlichen Sinn eine Beschädigung nicht vor, wenn auch der öffentlichen Kasse das Recht auf Ersatz der Unterstützung gegen ein nachher zu Vermögen gelangtes Subjekt aberkannt wird, da die Kasse zur Zeit der Unterstützung nur eine gesetzliche Pflicht erfüllt hat, indem sie durch eine ihr durch das Gesetz vorgeschriebene Ausgabe ihr Vermögen verminderte, ihr mithin im Fall des Wiederersatzes ein damals nicht in Aussicht genommener Vermögenszuwachs zufließen würde.

Es bleibt somit nur übrig, die Berufung auf die Grundsätze von der unbeauftragten Geschäftsführung zu prüfen. Wenn gesagt wird, die öffentliche Kasse mache auf den Unterstützten, welcher für sich selbst nicht sorgen könne, einen nützlichen Aufwand, so ist dieß unzweifelhaft richtig. Unrichtig aber ist es, hierin die Erfordernisse der negotiorum gestio zu finden. Man übersieht hiebei das wesentliche Moment, daß die öffentliche Kasse vermöge einer ihr gesetzlich obliegenden Pflicht

handelt. Die öffentliche Kasse erfüllt mit der Unterstützung eine eigene gesetzlich ihr allein obliegende Verpflichtung, sie besorgt mit der Unterstützung ihre eigenen Angelegenheiten, welche eben in der Sorge für den Hilfsbedürftigen bestehen, und dieß schließt die Anwendung der Klage aus der negotiorum gestio aus, welche nur dann Platz greift, wenn Jemand fremde Geschäfte ohne Auftrag dazu erhalten zu haben und auch nicht von Amtswegen führt.[2]

Selbst dann, wenn die öffentliche Verwaltung ausdrücklich nur mit dem Vorbehalt des Wiederersatzes ohne eine vertragsmäßige Uebernahme der Verpflichtung hiezu von Seiten der Unterstützten handeln würde, könnte dieß in der rechtlichen Auffassung Nichts ändern. Denn nicht die Ansicht, welche der Handelnde hat, bestimmt die Voraussetzungen der negotiorum gestio; vielmehr ist es ein objektives Erforderniß, daß fremde Geschäfte besorgt werden. Wenn sich am angeführten Ort auf die l. 3. §. 10. D. h. t. (3, 5) berufen wird, wonach die Klage auch gegen Denjenigen gegeben wird,

> qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit,

so beruht dieß auf einer offenbar unrichtigen Auslegung dieser Stelle. Unter der necessitas urgens ist nicht eine gesetzliche Verbindlichkeit verstanden, vielmehr ist hier ein die Spontaneität, die Willensfreiheit aufhebendes oder beschränkendes Verhältniß gemeint, eine Naturnothwendigkeit oder der Fall der l. 19. §. 2. eod., daß ein Freier, welcher aus Irrthum als Sklave dient, einen Auftrag erhält. In diesem Fall soll zwar die Mandatsklage nicht Platz greifen, wohl aber die Klage wegen negotiorum gestio,

> quia non libera voluntate exequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili.

---

[2] v. Vangerow, Leitfaden III., S. 481.

Digitized by Google

Hiemit bietet der Fall, daß Jemand vermöge einer gesetzlichen Pflicht alimentirt, nicht die geringste Analogie dar. Die „zwingende Noth" liegt bei den Armenunterstützungen nicht für die unterstützende Kasse, sondern für den Unterstützten vor. Ueberhaupt aber sagen diese Stellen nur, daß die necessitas oder suspicio necessitatis die Klage nicht hindere, wenn ihre Voraussetzungen an und für sich vorliegen. Die Klage aus der negotiorum gestio wird aber den öffentlichen Kassen nicht deßhalb abgesprochen, weil sie nicht freiwillig eintreten, sondern deßhalb, weil sie in der Leistung nur eine eigene Rechtspflicht erfüllen, weil es mithin objektiv an dem Erforderniß der Besorgung fremder Angelegenheiten fehlt. Ein Anspruch auf Rückersatz der geleisteten Unterstützungen kann hiernach aus der Natur der Sache und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht gefolgert werden.

Hiemit soll indessen keineswegs gesagt seyn, daß es nicht ebenso billig als zweckmäßig wäre, wenn das Gesetz einen solchen Anspruch auf Rückersatz ausdrücklich gewähren würde, wie nach der in dem erwähnten Aufsatz angeführten K. sächsischen Armenordnung vom 22. Oktbr. 1840 der Fall ist.

Nach dem hier vertheidigten Präjudiz wird man von selbst auf die Frage geführt, ob die Behörden nicht dadurch diesen Ersatzanspruch wahren können, daß sie die Verpflichtung zum Ersatz statutarisch festsetzen oder wenigstens sich den Ersatz ausdrücklich im einzelnen Fall versprechen lassen. Das Erstere scheint, wenn die hier vertheidigten Prämissen richtig sind, eine rechtliche Wirkung nicht haben zu können. Denn eine gesetzliche Pflicht, wie sie besteht, kann durch eine einseitige Verfügung der Verpflichteten nicht einseitig modifizirt oder abgeändert werden. Ebensowenig aber kann durch das Verlangen einer ausdrücklichen Zusage des Rückersatzes von Seiten des Unterstützten die Unterstützung selbst, wenn anders ihre Voraussetzungen vorliegen, bedingt werden, weil die Un-

Digitized by Google

terstützungspflicht nach dem Gesetz eine unbedingte ist. Wenn also der Unterstützungsbedürftige die Eingehung einer Verpflichtung des Rückersatzes verweigert, so ist hiedurch die Gemeinde von ihrer Unterstützungspflicht nicht befreit und nur in dem Fall, wenn der Unterstützte sich diesem Verlangen fügt, was allerdings die Regel seyn wird, ist der Gemeinde der Rückersatz gesichert. Es ist daher den Gemeindebehörden immerhin zu empfehlen, zumal bei bedeutenderen und wiederkehrenden Armenunterstützungen nicht zu unterlassen, von dem Unterstützten die Uebernahme einer Rückersatzpflicht im Falle der Erwerbung von Vermögen im Weg des förmlichen Vertrags zu verlangen.

II.

Fragmente.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.[1]

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

1) Gerichtsstand des Wohnorts.

Zu Begründung des Domicils ist die Gewißheit eines immerwährenden Aufenthaltes an dem betreffenden Ort nicht erforderlich, es genügt, daß der Aufenthalt kein seinem Grunde nach bloß vorübergehender, daß der Wille vorhanden sey, seinen bleibenden Aufenthalt an einem Orte insolange zu nehmen, bis künftig etwa eintretende Umstände eine Veränderung herbeiführen. Das Bewußtseyn der Möglichkeit, daß in Folge einer Veränderung der bestehenden Verhältnisse jederzeit eine Verlegung des

[1] Der Mangel an Raum nöthigte die Redaktion, die Mittheilung der für diese Lieferung bestimmten größeren Sammlung von Präjudizien des Obertribunals dem nächsten Hefte vorzubehalten.

Digitized by Google

Aufenthaltsorts eintreten könne, kommt nicht in Betracht.

Entsch. des Obertribunals vom 9. November 1861 in der Beschw. Sache des G. F. in U.

2) Gerichtsstand der Dienstboten und Handwerksgesellen.

Wer als Dienstbote oder als Handwerksgeselle an einem Ort sich aufhält, hat dort keinen festen Wohnsitz, sondern nur einen durch die zufällige Dauer des Dienstverhältnisses bedingten vorübergehenden Aufenthalt. [2] Dadurch, daß Jemand sich bloß zeitig an einem Ort aufhält, wird aber der Regel nach ein Gerichtsstand nicht begründet. [3] In dem Jurisdiktionsvertrag mit Baden vom 3. Januar 1826 Art. 6. und mit Hohenzollern vom 28. April/23. Juni 1827, Art. 6, ist zwar ein Gerichtsstand des temporären Aufenthaltsorts anerkannt; allein es ist dies eine Abweichung von dem sonst geltenden Prozeßgrundsatz, daß eine persönliche Klage, soweit nicht ein besonderer Gerichtsstand zutrifft, nur bei dem Gerichtsstand des Wohnorts angebracht werden könne, und es findet daher diese Ausnahmebestimmung nur für den in dem Jurisdiktionsvertrag bezeichneten Fall, daß Jemand neben seinem ordentlichen Wohnsitz in seinem Staate

---

[2] Seuffert, Pand. (4. Auflage.) Bd. 1, S. 129, Note 17. Schweppe, das römische Priv. Recht. Bd. 1, §. 68.

[3] Ein anderes gilt für Württemberg in Wechselsachen, indem für diese nach der durch das Einführungsgesetz v. 6. Mai 1849 nicht aufgehobenen Bestimmung des Generalrescripts v. 28. August 1806 auch das Gericht des temporären Aufenthalts zuständig ist. Vergl. dieses Archiv Bd. 2, S. 518, Nro 85. Deßgl. Entsch. des Obertribunals vom 7. Januar 1860 in S. Gebr. Essinger c. v. Ulm; vom 18. Septemb./16. Okt. 1860 in S. Ullmann c. v. Berlichingen; vom 3. Okt. 1860 in S. Kahn c. Berlichingen. In derselben Weise können auch in Oesterreich Wechselklagen bei dem Gericht des zeitweiligen Aufenthaltsorts des Wechselverpflichteten angebracht werden. Haimerl, Anl. zum Studium des Wechselrechts, S. 235.

Digitized by Google

auch einen zeitlichen Aufenthaltsort in dem andern der kontrahirenden Staaten hat, Anwendung, und läßt keine Ausdehnung auf andere Fälle zu. Der in manchen Staaten gewohnheitsrechtlich oder gesetzlich geltende Grundsatz, daß das Gesinde während der Dienstzeit den Gerichtsstand der Dienstherrschaft theile, [4] hat in dem würt-

[4] Der vielfach als eine ausgemachte Regel hingestellte, und in die Praxis wie in die Gesetzgebung einzelner Staaten übergegangene Satz, daß Gesinde und Gesellen während ihrer Dienstzeit den allgemeinen Gerichtsstand der Dienstherrschaft, in deren Lohn und Brod sie stehen, theilen, wird darauf gegründet, daß nach deutscher Sitte und Gewohnheit Gesinde und Gesellen zur Familie des Dienstherrn gerechnet werden. **Voët, Comm. ad Pand., Lib. V., Tit. 1, §. 96.** Dorn, Gesinderecht, 2. Buch, §. 207 ff., S. 514 ff. Glück, Comm., Bd. 6, S. 244—251 (wo sich auch die ältere Literatur findet). Savigny, System Bd. 8, S. 63. Wetzell, Civilprozeß S. 347, Note 57. Hefftter, System des Civilprozeßrechts, §. 152, Note 14. Seuffert, Archiv, Bd. 4, Nro. 254 (wo ein Erkennt. des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 19. April 1845 mitgetheilt wird, in dem der voranstehende Satz zur Anwendung gebracht wurde). Bayerische G.-O. Kap. 1, §. 14. „Ehefrauen, Kinder und Domestiken folgen regulariter, wo nicht ein anderes Herkommen ist, dem foro ihres Ehemanns, Vaters und resp. Hausvaters, welches jedoch wiederum aufhört, wenn das Weib noch in Lebzeiten ihres Ehemanns aus ihrem Verschulden von ihm geschieden wird, nach seinem Tod aber entweder den Wittibstand verruckt oder sich selbst gutwillig anderer Jurisdiktion unterwirft, wie nicht weniger, da die Kinder mit Bewilligung ihres Vaters sich von ihm absondern, oder nach dessen Tod nicht mehr in ungetheilter Erbschaft verbleiben, ingleichen da die Domestiken aus dem Dienst treten." Vergl. hiezu Kreittmayr, Anm. zu §. 14. Seuffert, Civilprozeß Bd. 1, §. 14, S. 180 f., Note 3, 4. Badisches Landrecht Buch I., Tit. 3, Satz 109. „Volljährige, welche bei Andern dienen oder ständig arbeiten, haben mit der Person, welcher sie dienen oder arbeiten, einerlei Wohnsitz, wenn sie am nämlichen Ort und in einem Haus derselben sich aufhalten." Preußische allg. G.-O. Theil I., Tit. 2, §. 13. „Das Gesinde ist in der Regel dem ordentlichen Gerichte seiner Herrschaft unterworfen. Doch werden dadurch bei Dienstboten, welche noch unter väterlicher Gewalt, unter Vormundschaft oder unter einer Gutsherrschaft stehen, die auf ihre Person sich beziehenden Rechte ihres Geburtsorts nicht verändert." — Daß übrigens der in dem geschriebenen gemeinen Rechte nicht gegründete, und

Digitized by Google

tembergischen Prozeßrecht keine Anerkennung gefunden. [5] Der Richter des Dienstorts hat daher den Kläger an den

daher nur, soweit er durch Partikulargesetze oder Gewohnheitsrecht anerkannt worden, als geltendes Recht zu erkennende Satz in der deutschen Praxis zwar vielfach, aber keineswegs allgemein Eingang gefunden, bemerkt auch Wetzell a. a. O. und es möchte der Zweifel gerechtfertigt seyn, ob der dafür angeführte Grund in den heutigen Verhältnissen noch einen Boden hat, da das frühere patriarchalische Verhältniß zwischen Dienstherrschaft und Gesinde leider sich wohl selten mehr findet, und häufig Gesinde und Herrschaft eben so leicht wie Kleidungsstücke gewechselt werden. Vergl. auch Seuffert, Civ.-Proz. Bd. 1, S. 181, Note 4.

[5] Hiemit stimmt auch **Lauterbach, Diss. de domicilio. Vol. II. disp. 72, cap. 5, th. 38, Nro. 136** überein, welcher weiter bemerkt, daß ein Gerichtsstand des Dienstorts nicht begründet werde, wenn das Dienstverhältniß auch noch so lange bestanden haben sollte, und ebenso bezeugt die württembergische Praxis: Berner-Schäfer, das Verf. S. 144, 146, 147. Scheurlen, Civilprozeß Bd. 1, S. 240, Note 14. Auch der Gerichtshof in Ulm hat sich am 1. August 1832 und 23. Januar 1835 in Uebereinstimmung mit den obigen Grundsätzen des Obertribunals ausgesprochen. In einem Kompetenzstreit zwischen dem württembergischen Oberamtsgericht G. und dem bayerischen Landgerichte W., wer das Schuldenwesen eines bayerischen Fleischergesellen, welcher zu J., in dem Bezirke des ersteren Gerichts, im Dienst gestanden und daselbst mit Hinterlassung von Schulden gestorben war, zu erledigen habe, machte der Gerichtshof zu Ulm am 23. Jan. 1835 gegen das Apellationsgericht zu Ansbach geltend, daß Handwerksgesellen nach gemeinrechtlichen Grundsätzen ihren ordentlichen Gerichtsstand des Wohnorts nicht da, wo sie des Dienstes wegen temporär sich aufhalten, sondern in ihrem Heimathsort haben, somit die bayerischen Gerichte zuständig seyen. Das Apellationsgericht zu Ansbach erklärte sich mit letzterem einverstanden und ertheilte dem Landgericht W. die Weisung zu Erledigung des Schuldenwesens, weil der Kridar durch seinen blos temporären Aufenthalt zu J. sein Domicil nicht verändert habe, um so weniger als hiezu die Auswanderung erforderlich gewesen wäre, auch das **forum accessorium** als Dienstbote (G.-O. K. I., §. 14) mit der Auflösung des Dienstverhältnisses durch den Tod aufgehört habe, daher das Landgericht als das Forum der ursprünglichen Heimath kompetent sey. — Dieselben Grundsätze kamen in einem von Seuffert, Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 18, S. 249, 250, mitgetheilten Fall eines Kompetenzkonflikts zwischen zwei bayerischen Landgerichten wegen Behandlung der Verlassen-

Digitized by Google

Gerichtsstand des Wohnorts zu verweisen, wenn nicht gegen den beklagten Dienstboten oder Handwerksgesellen ein besonderer Gerichtsstand zutrifft. Auch ist, wenn gegen einen in einem fremden Staate, außer Baden und den vormals Hohenzoller'schen Fürstenthümern, als Dienstbote oder Handwerksgeselle sich aufhaltenden Württemberger von dem Gerichte des Dienstorts als solchem ein Urtheil in einer Civilrechtssache ausgesprochen, oder Exekution verfügt worden, die Vollstreckung des Urtheils oder der Exekutionsverfügung von den württembergischen Gerichten zu versagen.

Entsch. des Obertribunals vom 14. November 1823 in S. des J. G. W. von Sulpach; vom 29. Mai 1832 in S. Sp. c. G.; vom 30. Dezember 1853 in S. B. und Comp. c. M.

3) Gerichtsstand eines im Auslande lebenden Württembergers.[6]

Der Württemberger, welcher seinen Wohnsitz im Lande verlassen und in das Ausland verlegt hat, behält dieser

schaft eines Dienstboten zur Anwendung, indem der oberste Gerichtshof sich dahin aussprach: „Nach dem bayerischen Landrecht Thl. III. Kap. I., §. 17, Nro. 4, ist für die Behandlung der Verlassenschaft eines Verstorbenen die Obrigkeit des Orts kompetent, wo der Verstorbene sein Domicil gehabt. Unter Wohnort, Domicil, versteht man aber denjenigen Ort, an welchem eine Person ihren festen Aufenthalt genommen hat, wozu neben der wirklichen Niederlassung auch der Wille des dauernden Aufenthalts gehört. (Anm. zur G.-O. Kap. I., §. 3, Lit. c.) Als solcher kann der Ort, wo der Verlebte nur kurze Zeit in Dienst und Arbeit stand, nicht angenommen werden, und ebensowenig lassen die nur auf die vormaligen Privilegien von ganzen Ständen sich beziehenden Bestimmungen der G.-O. Kap. I., §. 14, über das **forum accessorium** der Domestiken hier eine Anwendung zu. Es bleibt demnach nur das Forum der Heimath das zur Behandlung der Verlassenschaft zuständige."

[6] Sarwey, Monatschr. Bd. 1, S. 507, 508. Scheurlen, württ. Civ.-Proz. Bd. 1, S. 243. Schäfer-Berner, das Verf. S. 148, Ziff. 3. Seuffert, Archiv Bd. 4, Nro. 146, S. 232, Bd. 12, Nro. 302, S. 405, 406. Bolley, Entw. und Antr. Bd. 1, S. 61, §. 103. Harpprecht, Entwurf einer bürg. Prozeß-Ordnung. Art. 61.

Digitized by Google

Veränderung des Wohnorts ungeachtet seinen allgemeinen Gerichtsstand vor dem württembergischen Gerichte seines früheren Wohnsitzes,[7] und kann bei demselben nach der Wahl des Klägers belangt werden. Denn es gehört zu den jedem Staatsangehörigen obliegenden staatsbürgerlichen Pflichten die Verbindlichkeit, vor den Gerichten seines Staats Recht zu geben. Dieß geht von selbst aus seinem Subjektionsverhältnisse zu dem Staate, dem er angehört, hervor,[8] und von demselben Grundsatz ist ohne Zweifel die Verfassungsurkunde im §. 32 und der Jurisdiktionsvertrag mit Bayern im §. 8, Abs. 4, ausgegangen, soferne nicht anzunehmen ist, daß hier dem auswandernden Württemberger die Verpflichtung, noch ein Jahr vor den württembergischen Gerichten Recht zu geben, ausnahmslos, also auch für den Fall, daß er schon vorher im Ausland beziehungsweise in Bayern gewohnt, auferlegt worden wäre, wenn er während dieses Domicils im Auslande seinen allgemeinen Gerichtsstand nicht in Württemberg gehabt hätte.[9] Der §. 5 des genannten Jurisdiktionsvertrags, worin der Grundsatz anerkannt ist, daß der Kläger dem Gerichtsstand des Beklagten zu folgen habe, entscheidet darüber nichts, wo der Beklagte in einem Falle

---

[7] Darauf, wo der Beklagte das Ortsbürgerrecht hat, worauf auch schon Gewicht gelegt werden wollte, kommt es nicht an, denn der Gerichtsstand einer Person bestimmt sich nicht darnach, wo derselben das Bürgerrecht zusteht. Entsch. des Obertribunals v. 22. Dez. 1847 und vom 20. Januar 1849.

[8] Auf diesem allgemeinen Grundsatze und nicht auf einer besonderen Ausnahmebestimmung beruht auch die in Seufferts Archiv Bd. 4, Nro. 146, mitgetheilte Entscheidung des Obertribunals vom 13. November 1846.

[9] Das Obertribunal hat demgemäß auch schon in einer Entsch. vom 11. Juni 1844 in S. A. c. St.'sche Erben ausgesprochen, daß die Verpflichtung des Auswandernden, vor den Gerichten des Königreichs noch ein Jahr lang Recht zu geben, nur als eine Fortsetzung der ihm als Landesangehörigen dießfalls obgelegenen Verpflichtung sich darstelle.

Digitized by Google

der fraglichen Art seinen allgemeinen Gerichtsstand habe, und konnte zudem hieher überhaupt keine Anwendung finden, weil jener internationale Vertrag das Verhältniß württembergischer Staatsangehöriger zu den Organen der württembergischen Staatsgewalt nicht zum Gegenstand hat.

Entsch. des Obertribunals vom 29. April 1862 in S. Sch. c. Sch.

4) Gerichtsstand des Vertrags. Vermögensbesitz des Beklagten im Gerichtsbezirk.

Das Obertribunal erkennt, wie bekannt, den Gerichtsstand des Vertrags nur unter der Voraussetzung an, daß entweder der Beklagte zur Zeit der Ladung im Gerichtsbezirke anwesend ist, oder Vermögen im Bezirke besitzt.[10] Ein solcher Vermögensbesitz ist aber vorhanden, sobald sich irgend ein dem Beklagten gehöriger Vermögensgegenstand im Bezirke findet, welcher ein mögliches Mittel der Hilfsvollstreckung abgeben kann, da nur deren Ermöglichung den Grund bildet, aus welchem der Gerichtsstand des Vertrags an die Bedingung des Vorhandenseyns von Vermögen des Beklagten im Gerichtsbezirke gebunden wird. Als ein solches Vollstreckungsmittel können auch auf den Inhaber gestellte Papiere jeder Art sich darstellen, wenn solche nur von der Art sind, daß ihrer Veräußerung im Exekutionswege ein inneres Hinderniß nicht im Wege steht.

Entsch. des Obertribunals vom 31. Juli 1861 in S. G. c. H.

5) Voraussetzungen des Gerichtsstands des Vertrags zu Begründung der Kompetenz ausländischer Gerichte gegen Württemberger.

Nach Art. 7. des Exekutionsgesetzes und §. 6. der Vollziehungsinstruktion zu der Exekutionsnovelle vom

[10] Seuffert, Archiv, Bd. 8, Nro. 293, 294. Vergl. Bd. 2, Nro. 323.

Digitized by Google

22. Dezember 1855 sind rechtskräftige Urtheile ausländischer Gerichtsstellen von den württembergischen Gerichten unter Voraussetzung der Reciprocität alsdann zu vollziehen, wenn die Zuständigkeit des erkennenden Gerichts nach den Grundsätzen des württembergischen Rechts außer Zweifel ist. Nun wird zu Begründung des Gerichtsstands des Vertrags nach konstanter Praxis der württembergischen Gerichte erfordert, daß der Beklagte entweder zur Zeit der Anstellung der Klage in dem Bezirke des Gerichts, wo der Vertrag geschlossen worden, beziehungsweise nach dem Willen der Parteien zu vollziehen ist, anwesend sey, oder daselbst Vermögen besitze, und in den Jurisdiktionsverträgen mit Bayern vom 31. August 1821 §. 17., mit Baden vom 3. Juni 1826 Art. 15. und mit den vormals Hohenzoller'schen Fürstenthümern vom 28. April/23. Juni 1827, Art. 14, ist der fragliche Gerichtsstand sogar nur für den ersteren Fall der Anwesenheit des Beklagten im Gerichtsbezirke zur Zeit der Ladung anerkannt. Es ist also, wo es an dieser Voraussetzung fehlt, die Zuständigkeit der Gerichte gedachter Staaten gegenüber von den Angehörigen des andern Staats jedenfalls in soweit als ausgeschlossen anzusehen, als ihr Urtheil nicht aus dem in ihrem Bezirke gelegenen Vermögen des Beklagten vollstreckt werden kann. Als eine Forderung der Rechtsgleichheit muß es aber erscheinen, daß diese Beschränkung in der Wahl eines Gerichtsstands, welcher nach dem bestehenden Rechte die Angehörigen solcher Staaten unterliegen, mit welchen zu Beförderung der Rechtshilfe besondere Verträge geschlossen worden sind, um so mehr auch auf Angehörige anderer auswärtiger Staaten Anwendung leiden müsse.[11] Demgemäß hat das Obertribunal den Grundsatz angenommen,[12] daß die gegen einen Württemberger gefällten

[11] Wächter, württ. Priv.-Recht Bd. 2, S. 81.
[12] Seuffert, Archiv, Bd. 8, Nro. 293, Ziff. 1.

Digitized by Google

Urtheile ausländischer Gerichte, deren Zuständigkeit auf dem Vermögensbesitze des Beklagten in ihrem Bezirke beruht, in dessen sonstiges Vermögen von den württembergischen Gerichten nicht zu vollstrecken seyen.

Entsch. des Obertribunals vom 5. September 1854 in S. F. c. S. und vom 17. Mai 1861 in S. B. c. N. W.

6) Kompetenz bezüglich der Entscheidung über die Verbindlichkeit zur Zeugnißablegung.

Es ist eine im Interesse der Rechtspflege gesetzlich ausgesprochene Verbindlichkeit jedes nicht ausnahmsweise befreiten Staatsbürgers, eidliches Zeugniß in bürgerlichen Prozessen abzulegen, und demgemäß können diejenigen Personen, welche ohne Grund die Zeugnißablegung, beziehungsweise die Eidesleistung verweigern, von dem zuständigen Gerichte durch Zwangsmittel zu Erfüllung ihrer Bürgerpflicht angehalten werden.[13] Das hiefür zuständige Gericht ist aber dasjenige, vor welchem der Zeuge seinen ordentlichen Gerichtsstand hat. Der Einzug des Beweises durch Zeugenvernehmung bildet einen Bestandtheil des von dem Richter des Hauptstreits durchzuführenden Prozeßverfahrens, und die Anordnung, daß ein Staatsbürger in dem vor einem Gerichte anhängigen Prozesse als Zeuge zu vernehmen sey, wird von diesem Gerichte kraft eigener Jurisdiktion erlassen. Weigert sich der Zeuge, der ihm angesonnenen Verpflichtung nachzukommen, so ist daher zur Entscheidung über seine Einwendungen folgerichtig auch nur derjenige Richter kompetent, welcher die Zeugenvernehmung kraft der ihm zukommenden Jurisdiktion angeordnet hat, also dasjenige Ober- oder Untergericht, bei welchem der Hauptprozeß zur Zeit anhängig ist. Dieses Gericht befindet sich auch

[13] cst. 9, 16, 19. Cod. de test. (4, 20.) cap. ult. X. de test. cog. (2, 21.) Landrecht Thl. I., Tit. 37, §. 8, 9. IV. Edikt §. 108, Abs. 4, §. 109. Abs. 3. Glück, Comm. Bd. 22, S. 163, 185, 191. Heffter, Civ.-Proz. 286. Osterloh, Civ.-Proz. S. 448.

Digitized by Google

regelmäßig allein in der Lage über die mit der Materie des Prozesses zusammenhängende Frage von der Nothwendigkeit, beziehungsweise Pflicht der Zeugnißablegung zu entscheiden. Hiemit übereinstimmend sind die für das Verfahren im Strafprozesse in Württemberg bestehenden gesetzlichen Bestimmungen,[14] und in der Praxis der württembergischen Civilgerichte wurde es nie anders gehalten.[15] Insbesondere hat das Obertribunal die vorstehenden Grundsätze in mehreren Fällen gleichförmig zur Anwendung gebracht.

a) In der vor dem Obertribunal anhängig gewesenen Ac.-S. der Adelheid W. gegen ihren vormaligen Ehemann war sich zu Begründung eines Kautionsgesuchs auf die Kommissär H.'schen Eheleute in Stuttgart berufen worden. Das Obertribunal beauftragte das Stadtgericht Stuttgart mit deren Einvernahme. Dieselben verweigerten jedoch aus angeblichen Gewissensskrupeln den Zeugeneid, worauf das Obertribunal am 21. Aug. 1839 das Stadgericht beauftragte, die H.'schen Eheleute zunächst über ihre Pflicht zur eidlichen Zeugnißablegung nochmals zu belehren, und ihnen für den Fall fernerer Weigerung zu eröffnen, daß sie bei dem Mangel eines rechtlichen Entschuldigungsgrunds Jedes von ihnen zuerst mit einer Strafe von 5 Rthlrn. werden belegt werden, bei fortgesetzter Weigerung aber sey ihnen diese Strafe mit dem Bedeuten anzusetzen, daß nöthigenfalls noch schärfere Zwangsmittel gegen sie werden angewendet werden. Die Zeugen beharrten auf ihrer Weigerung, und das Stadtgericht setzte daher in Befolgung des erhaltenen Auftrags die Strafe an. Nun ordnete das Obertribunal am

[14] Strafprozeßordnung vom 22. Juni 1843, §. 194, 198, 199, 212.

[15] Berner-Schäfer, das Verf. in bürg. Streitsachen S. 356. Hufnagel, Mitth. Bd. 2, S. 540 ff. Vergl. auch Bolley, Entw. und Anträge Bd. 1, §. 1010, 1071—1073. Harpprecht, Entwurf einer bürg. Proz.-Ord. Art. 747, 784, 785, 788.

Digitized by Google

29. August 1839 Belehrung der Zeugen durch ihren Beichtvater an mit der Weisung, im Falle weiterer Weigerung je eine Geldstrafe von 8 Rthlrn. anzusetzen. Die Belehrung war fruchtlos, worauf auch diese Strafe angesetzt wurde. Ein Zweifel an der Kompetenz des Obertribunals war von keiner Seite erhoben worden.

b) In der an das Oberamtsgericht Herrenberg remittirten Rechtssache A. c. Stadtgemeinde T. verweigerten zwei Angehörige des Gerichtsbezirks Tübingen die Zeugnißablegung. Das Oberamtsgericht Herrenberg und der Gerichtshof zu Tübingen erklärten sie jedoch als zum Zeugniß verpflichtet, und das Obertribunal verwarf die hiegegen erhobene Beschwerde am 15. Juni 1850 ohne Beanstandung der Kompetenz.

c) In der Ations-Sache Z. c. Th. erachtete das Obertribunal die Einvernahme zweier schon in erster Instanz benannten Zeugen für nothwendig. Beide Zeugen erhoben jedoch aus religiösen Bedenklichkeiten Einwendungen gegen die Ableistung des Zeugeneids. Diese Einwendungen wurden von dem Obertribunal durch Beschluß vom 30. April 1851 als unbegründet verworfen, und dieß den beiden Zeugen unter dem Anfügen eröffnet, daß sie bei fortgesetzter Eidesverweigerung jeder um 10 fl. gestraft würden. Der eine Zeuge fügte sich und leistete den Zeugeneid, der andere Zeuge aber beharrte auf seiner Weigerung. Von dem Ansatz der angedrohten Strafe wurde vermöge Beschlusses des Obertribunals vom 10. Juni 1851 nur deßhalb Umgang genommen, weil das Zeugniß im Laufe der weiteren Verhandlungen unerheblich geworden war.

d) In einer bei dem Oberamtsgericht Gmünd anhängigen Rechtssache der Z.'schen Gläubiger c. v. St. war der Rentbeamte F. aus einem anderen Gerichtsbezirke als Zeuge benannt, seine Verbindlichkeit zur Zeugnißablegung jedoch von ihm bestritten worden. Das Oberamtsgericht Gmünd und der Gerichtshof in Ellwangen

Digitized by Google

verwarfen die Einwendungen; das Obertribunal dagegen erkannte solche am 16. Oktober 1857 als gegründet und hob die entgegenstehenden Verfügungen auf. Die Kompetenz blieb auch hier unbeanstandet.

e) In der At.-S. R. c. S. ordnete der Gerichtshof zu Ulm, bei welchem die Sache in zweiter Instanz anhängig war, die Abhör mehrerer Zeugen an. Der eine derselben verweigerte die Ablegung des Zeugnisses, sowie die Ableistung des Zeugeneids, weßhalb die Partei, welche ihn benannt hatte, Zwangsmaßregeln gegen denselben beantragte. Der Gerichtshof zu Ulm war jedoch abweichend von der bisherigen Praxis der Ansicht, daß über die Frage von der Zeugschaftspflichtigkeit des Zeugen nicht der Gerichtshof, sondern das ordentliche Gericht desselben zu entscheiden habe, und eröffnete daher der Partei, von der er benannt worden, daß ihr überlassen bleibe, gegen den Zeugen vor seinem ordentlichen Gericht Klage zu erheben. Allein das Obertribunal hob auf erhobene Beschwerde am 23. Oktober 1860 diese Verfügung auf, und erklärte aus den oben angestellten Gründen den Gerichtshof zur Entscheidung über die bestrittene Verbindlichkeit des Zeugen zur Zeugnißablegung für zuständig.[16] Dabei wurde noch bemerkt, daß der §. 112 des IV. Edikts hiegegen nicht angeführt werden könne, indem daraus, daß im Abs. 1 dieses §. Dritte zur Ediktion von Urkunden unter den gleichen Voraussetzungen für verpflichtet erklärt werden, unter welchen sie Zeugniß abzulegen haben, nicht abgeleitet werden dürfe, daß das im Abs. 2 speziell nur für den Fall der Verweigerung der Urkundenediktion erwähnte besondere Verfahren auch als für die Zeugnißverweigerung maßgebend habe erklärt werden wollen.

Mit der Ansicht des Obertribunals übereinstimmend

---

[16] Diese Entscheidung findet sich auch bei Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 4, S. 254 ff.

Digitized by Google

ist eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu München vom 6. November 1837,[17] wogegen das Oberappellationsgericht zu Jena in einer Entscheidung vom 31. August 1820 der entgegengesetzten Ansicht gefolgt ist,[18] und ebenso hat sich Grolmann[19] für die Kompetenz des ordentlichen Gerichts des Zeugen ausgesprochen. Die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller lassen die Kompetenzfrage unentschieden.

7) Gegen die Entscheidung eines Kompetenzkonflikts zwischen zwei Untergerichten durch das höhere Gericht steht dem hievon betroffenen Untergericht ein Beschwerderecht nicht zu.

Ist zwischen zwei Gerichtsbehörden über ihre Kompetenz in streitigen oder nicht streitigen Angelegenheiten Streit entstanden, und dieser durch das für die Entscheidung eines solchen Kompetenzkonflikts zuständige vorgesetzte höhere Gericht entschieden worden, so steht das Recht der Beschwerde gegen diese Entscheidung nur den davon betroffenen Parteien, nicht aber auch den über ihre Kompetenz im Streit gewesenen fraglichen Untergerichten zu.[20] Es folgt dieß aus der, in der bestehenden Organisation gegründeten Unterordnung des Untergerichts unter das vorgesetzte höhere Gericht, wonach das Untergericht die von dem Obergericht innerhalb seines gesetz-

[17] Seuffert, Blätter f. Rechtsanw. Bd. 22, S. 391 ff.

[18] Seuffert, Archiv Bd. 5, Nro. 318.

[19] Theorie des gerichtl. Verf. in bürg. Rechtsstreitigkeiten S. 324.

[20] Berner-Schäfer, das Verf. in bürgerlichen Streitsachen S. 496 f. Der Partei steht ein Beschwerderecht in der Instanzenfolge bis zum höchsten Gerichte zu; eine Beschwerde bei dem Justizministerium, welche auch schon versucht wurde, ist aber in Kompetenzfragen unbedingt ausgeschlossen, indem nach dem Grundsatze der Unabhängigkeit der Gerichte nur diese selbst über ihre Kompetenz zu entscheiden haben, und in Folge dessen auch ein zwischen mehreren Gerichten entstandener Kompetenzstreit nur von dem denselben vorgesetzten Obergerichte entschieden werden kann.

Digitized by Google

lichen Wirkungskreises erlassenen Entscheidungen und Verfügungen unbedingt anzuerkennen und zu befolgen hat, was ein auf deren Nichtanerkennung bezweckendes Beschwerderecht nothwendig ausschließt. Das eigene Interesse, das die untere Gerichtsstelle bei der Kompetenzfrage möglicher Weise haben kann, z. B. vermehrte Geschäftslast, Ehreninteresse, Gebührenbezug, Antheil an den Sporteln u. s. w. kommt dabei nicht in Betracht, da sich dieß lediglich als eine Folge der Kompetenzentscheidung darstellt, und daher, wenn diese Entscheidung selbst von dem Untergerichte nicht angegriffen werden kann, für sich den Gegenstand einer Beschwerde nicht zu bilden vermag. Diese Grundsätze hat das Obertribunal schon in mehreren Fällen zur Anwendung gebracht.

a) In einer Schuldklagsache hatte das Stadtschultheißenamt N. sich für unzuständig erklärt, und den Kläger mit seiner Schuldklage an das Schultheißenamt K. verwiesen, das Oberamtsgericht Oehringen jedoch erstere Stelle als Gericht des Wohnorts des Beklagten für zuständig erkannt und zur Erledigung der Schuldklagsache angewiesen. Hiegegen erhob das Stadtschultheißenamt N. Beschwerde bei dem Gerichtshof zu Ellwangen, und als letzterer auf der Verfügung des Oberamtsgerichts beharrte, bei dem Obertribunal. Diese Beschwerde wurde unter dem 31. Dezember 1847 als unstatthaft verworfen, da in Civilsachen, sowohl in gerichtlichen als in außergerichtlichen, nur den Parteien, nicht aber der unteren Gerichtsstelle ein Beschwerderecht gegen die Verfügung der höheren Gerichtsstelle eingeräumt sey.

b) Einen zwischen dem Oberamt und Oberamtsgericht M. entstandenen negativen Kompetenzkonflikt bezüglich der Vollziehung der von dem Oberamte angeordneten Vermögensbeschlagnahme gegen einen flüchtigen Landwehrpflichtigen hatte der Gerichtshof zu Ellwangen gegen die Ansicht des Oberamtsgerichts entschieden und letzteres zum Vollzug der von dem Oberamt verfügten

Digitized by Google

Vermögensbeschlagnahme angewiesen. Die von dem Oberamtsrichter hiegegen erhobene Beschwerde wurde von dem Obertribunal unter dem 29. November 1859 als unstatthaft verworfen, weil gegen die von der zuständigen Behörde erfolgte Entscheidung eines Kompetenzstreits ein Beschwerderecht nur den Parteien, dem daran betroffenen Untergerichte aber in Folge der bestehenden Unterordnung unter das höhere Gericht ein solches nicht zustehe.

c) Zwischen den Gemeinderäthen zu U., Oberamts Hall, und zu M., Oberamts Gaildorf, war bezüglich einer Anzahl von Grundstücken, welche zum Markungsverband U. gehören, aber nach M. steuerbar sind, Streit entstanden, welche dieser Behörden zur Ausübung der Rechtspolizei, namentlich zu Vornahme von Verpfändungen und Ertheilung des gerichtlichen Erkenntnisses bei Veräußerungen zuständig sey. Dieser Kompetenzkonflikt wurde, da auch die betreffenden Oberamtsgerichte verschiedener Ansicht waren, von dem Gerichtshofe zu Ellwangen zu Gunsten des Gemeinderaths zu Michelbach entschieden, wogegen der Gemeinderath zu Uttenhofen sich beschwerend an das Obertribunal wandte. Von diesem wurde am 17. Mai 1861, nach vorgängiger Berathung in voller Versammlung des Civilsenats, die Beschwerde als unstatthaft verworfen. Denn, wurde gesagt, das vorgesetzte Obergericht hat bei der Erledigung des Kompetenzkonflikts nur in seinem gesetzlichen Wirkungskreis gehandelt, das Untergericht selbst aber hat keinen Anspruch auf Anerkennug seiner Zuständigkeit, und es steht ihm daher auch ein dießfälliges Beschwerderecht nicht zu. Der Umstand, daß die Mitglieder des für unzuständig erklärten Gemeinderaths in Folge dieses Ausspruchs auch die mit den Geschäften der Rechtspolizei verbundenen Gebühren nicht beziehen können, kann ein Beschwerderecht des Gemeinderaths nicht begründen, da der Eintritt oder Nichteintritt des Gebührenbezugs nur als eine Folge der Entscheidung des Kompetenzkonflikts sich darstellt.

Digitized by Google

8) Abcitation bei der Klage auf Einräumung eines Nothwegs.[21]

Ein Gerichtshof hatte ausgesprochen, daß im Falle einer gegen einen bestimmten Nachbarn auf Einräumung eines Nothwegs erhobenen Klage der Prozeß zwar dann, wenn der Klage gemäß zu erkennen sey, gegen den Beklagten verhandelt werden könne, daß aber, wenn das Gericht die Ansicht gewinne, der Nothweg sey nicht auf dem Grundstück des Beklagten, sondern auf dem Grundstücke eines andern nicht beklagten Nachbars zu bestellen, die Klage nicht abgewiesen werden dürfe, daß vielmehr in diesem Falle, — weil das Recht des Klägers als ein alternatives gegen alle seine Nachbarn gehe, und das Gericht unter den möglicher Weise in Betracht kommenden Grundstücken dasjenige auszuwählen habe, welches am wenigsten belästigt werde, daher jedem jener Nachbarn rechtliches Gehör, insbesondere die Gelegenheit verschafft werden müsse, nachzuweisen, daß sein Grundstück mehr belästigt würde, als dasjenige des Beklagten, — von Amtswegen, diese anderen, nicht beklagten Nachbarn, als die wahren Interessenten am Streite, zum Prozesse herbeizuziehen seyen, und die Entscheidung auf sie ausgedehnt werden müsse.[22] Das Obertribunal erkannte jedoch eine solche Abcitation nicht als gerechtfertigt, indem dasselbe von folgenden Sätzen ausging: Einer der in dem

[21] Bezüglich der bei Bestellung eines Nothwegs geltenden Grundsätze vergl. Bd. 3 dieses Archiv's S. 381 ff.

[22] Vom Standpunkte der strengen Theorie muß man Bedenken tragen, dem Ausspruch des Gerichtshofs beizupflichten; dagegen ist anzuerkennen, daß solcher dem praktischen Bedürfnisse mehr entspricht, als die von der Theorie angenommenen Grundsätze, indem, wenn ein Nothweg wirklich als Bedürfniß zu erkennen ist, die weitere Frage, auf welches der benachbarten Grundstücke solcher zu legen seye, häufig nur nach vorgängiger Verhandlung mit allen Betheiligten zum definitiven Austrag wird gebracht werden können. Den Untergerichten ist daher zu empfehlen, bei Klagen auf Einräumung eines Nothwegs den Kläger selbst zu veranlassen, seine Klage so zu stellen, daß dadurch die Verhandlung mit allen Betheiligten ermöglicht wird, was in der Regel dem prozeßleitenden Richter erster Instanz zu bewirken nicht schwer seyn wird.

Digitized by Google

Prozeßrecht anerkanntesten obersten Grundsätze ist, daß der Richter Niemanden, gegen den nicht geklagt ist, als Beklagten behandeln darf. Eine Abweichung von diesem allgemeinen Grundsatze für Klagen auf Einräumung eines Nothwegs ist in den Gesetzen nicht ausgesprochen. Die ältere Doktrin hat sich zwar für die Statthaftigkeit der Adcitation im Allgemeinen ausgesprochen, die neuere Doktrin aber hat deren Unstatthaftigkeit nachgewiesen,[23] und auch von Harpprecht in s. Entwurf einer bürgerlichen Prozeßordnung Art. 134 hat den ausnahmslosen Satz aufgenommen, daß die Beiladung eines Dritten zur Theilnahme an einem zwischen Andern anhängigen Rechtsstreit nicht von Richteramtswegen geschehen dürfe. Bezüglich der württembergischen Praxis hat zwar Hufnagel[24] behauptet, daß solche dann, wenn bei untheilbaren Klagen ein Mitberechtigter die Theilnahme an der Klage verweigere und der Beklagte die Einrede mehrerer Streitgenossen vorschütze, oder wenn bei untheilbaren Klagen einem Beklagten aus mehreren Mitberechtigten am Ausgang der Sache liege und die Einrede mehrerer Streitgenossen ihn von seinem rechtmäßigen Zwecke entfernen würde, Adcitation zulasse, in allen andern Fällen aber nur eine Benachrichtigung des Adcitaten von dem Gesuche um Adcitation mit Freistellung der Theilnahme am Streite gestatte. Allein es hat Hufnagel die nicht einmal bestimmte Behauptung nicht mit Entscheidungen belegt und auch Berner-Schäfer[25] thut einer solchen Praxis keine Erwähnung, bemerkt vielmehr, daß, wenn bei untheilbaren Rechtsverhältnissen nicht alle betheiligten klagen oder belangt werden, die Klage angebrachter Maßen abzuweisen sey. Von dem Obertribunal wurde noch kein Fall entschieden, in welchem die Adcitation im eigentlichen Sinne zugelassen worden wäre.

Entsch. des Obertribunals vom 27. August 1861 in S. d. Gräfl. v. E.'schen Gutsherrschaft c. A.

---

[23] Martin, Lehrb. des bürg. Proz. (9. Aufl.) §. 306. Bayer, Vortr. (8. Aufl.) S. 142. Linde, Civilproz. (5. Aufl.) §. 113. Mittermaier im Archiv für civ. Praxis Bd. 3, S. 31 ff. Gensler, ebendaselbst Bd. 4, S. 175 ff. Brauer, ebendaselbst Bd. 23, S. 343.

[24] In Sarwey's Monatschrift Bd. 1, S. 513.

[25] Vers. in bürg. Streitf. S. 116.

Digitized by Google

Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

A.

Accept eines Wechsels, Beschränkung durch eine Bedingung. 255.
Adcitation bei der Klage auf Einräumung eines Nothwegs. 465.
Amortisation der Inhaberpapiere. 107.
Armenunterstützungen öffentlicher Kassen; zur Frage von ihrer Rückforderung. 442.
Ausweisung, polizeiliche, Behandlung von Streitigkeiten hierüber. 374.

B.

Baulast, kirchliche, Berücksichtigung der Kirchenopfer gegenüber dem subsidiären Baupflichtigen. 308. (Siehe auch Wegbaulast, Fußwege, Güterwege.)
Beerdigungskosten, Verbindlichkeit der Gemeindekasse zur Bezahlung im Fall der Armuth des Verstorbenen. 326.
Blankogiro, Legitimation des Erwerbers eines protestirten Wechsels durch solches. 250.
Brücken, Nothwendigkeit derselben als Bedingung der Baulast. 425. 428. 440.
Bürgerrechtssachen, Präjudizien der Administrativbehörden in solchen. 351—384.
Bürgerrecht, Ungiltigkeit der Beschränkung auf gewisse Befugnisse bei Aufnahme in dasselbe. 357. Nichtigkeit der Aufnahme wegen wissentlich falscher Angaben über den Vermögensstand. 364. Wirkung des Verzichts auf dasselbe. 366. Erwerbung durch Legitimation **per subsequens matrimonium**. 367. Der unehelichen Kinder. 370. Rekursrecht eines Gemeinderaths im Fall der Aberkennung eines Bürgerrechts zum Nachtheil seiner Gemeinde. 360.
Bürgerliche Nutzungen, Voraussetzung der Theilnahme des Ortsgeistlichen an solchen. 380. Zulässigkeit des Rekurses nach dem Bürgerrechtsgesetz. 381. Reihenfolge des Eintritts in dieselben. 382. Genuß im Fall der Ortsabwesenheit 382. Unzulässigkeit des Rekurses gegen einen dieselben aufhebenden Gemeindebeschluß. 383.

C.

Civilprozeß, die Hauptgrundsätze des hannoverschen im Verhältniß zu dem württembergischen Verfahren. 3.
Caution, im Fall der Verweisung von Einreden im Wechselprozeß zum abgesonderten Verfahren. 294.

Digitized by Google

D.

Delicta propria, Voraussetzungen ihres Thatbestands. 153.
Deserviten eines Rechtsanwalts für das Inkasso eines Wechselbetrags; 306. wenn der Rechtsanwalt selbst Wechselkläger ist; 307. für ein die Vollmacht vertretendes Giro. 307.
Dienstvergehen, (siehe Delicta propria.)
Domicilwechsel, zur Lehre von demselben. 59. Bedeutung des Ausdrucks „zahlbar bei". 260.*

E.

Ediktalladung in Wechselsachen. 283.
Ehefrau, Klagerecht gegen dieselbe im Fall der Unterschrift des Wechsels. 275.
Ehesachen, Sportelwesen in solchen. 173.
Eid, Dissessionseid, Eideszuschiebung in Wechselsachen. 284. 287.
Ersitzung, Erfordernisse der 30jährigen Ersitzung von Prädialservituten. 138.
Etter, Begriff der Worte „innerhalb Etters". 441.

F.

Fußwege, deren Benützungsrecht. 397. 420. 422. 431. 441. Kompetenz bei Streitigkeiten über solche. 424. 429.

G.

Gemeinderechtsbesitzer, Wegunterhaltung durch solche, Rechtsfall. 423.
Geringfügige Sachen, Nichtigkeitsbeschwerden in solchen. 145.
Gerichtsstand des Vertrags in Wechselsachen. 281. Des Wohnorts 450. Der Dienstboten und Handwerksgesellen. 451. Des temporären Aufenthalts in Wechselsachen. 451. Eines im Auslande lebenden Württembergers. 454. Des Vertrags; Art des hiezu erforderlichen Vermögensbesitzes. 456. Des Vertrags; dessen Voraussetzungen zu Begründung der Kompetenz ausländischer Gerichte gegen Württemberger. 456.
Güterwege, öffentliche, deren Benützungsrecht. 395. 396. 422. 433. Baulast an solchen. 399. 407. 411. 425. 432. 437. Kompetenz bei Streitigkeiten über solche, über Privatgüter führenden, Wege. 424. 430. 432.

H.

Haft, gerichtliche und vorläufige, ihre Voraussetzungen. 164.
Hannover'scher Civilprozeß, Verhältniß zum württembergischen Verfahren. 3.

* Vergl. auch Seuffert, Archiv Bd. 15, Nro. 155.

Digitized by Google

J.

Inhaberpapiere, Ausstellungsbefugniß und Amortisation. 107.

K.

Kameralstraßen, Baulast. 399. 420.
Kirchenopfer, Berücksichtigung derselben gegenüber den subsidiär Baupflichtigen. 308.
Klagenverjährung, Unterbrechung der Verjährung der Wechselklage. 274.
Konkursmasse, gehört zu solcher das nach der Konkurseröffnung erworbene Vermögen des Kridars? 247.
Kompetenz des Civilrichters, Einfluß der Behauptung der Partei auf dieselbe. 235. Bezüglich der Entscheidung über die Verbindlichkeit zur Zeugnißablegung. 458.
— der Administrativbehörden in Wegstreitigkeiten. 424. 429. 430. 432.
Kompetenzkonflikt zwischen zwei Untergerichten; gegen dessen Entscheidung durch das höhere Gericht steht dem Untergericht ein Beschwerderecht nicht zu. 462. Der Partei dagegen bis zum höchsten Gericht, aber nicht an das Justizministerium. 462.
Krankheitskosten, Verbindlichkeit der Gemeindekasse zu deren Uebernahme. 376. 380.
Kridar, Wechselfähigkeit desselben. 246. Einleitung des Wechselprozesses gegen denselben. 303.

L.

Ladung, in Wechselsachen. 281. Ediktalladung. 283.
Legitimation des Erwerbers eines Wechsels nach ergangenem Wechselerkenntniß zur Klage aus diesem Erkenntniß. 250. Des Erwerbers eines protestirten Wechsels durch ein dem Protest vorangegangenes Blankogiro. 250. Zur Wechselregreßklage. 268. Des Inhabers eines nichtacceptirten Rückwechsels zur Einklagung des protestirten Hauptwechsels. 268.

M.

Medicamente, Ersatzpflicht der Gemeinde. 376.
Mühlstreitigkeiten, Präjudizien von Administrativbehörden in solchen. 388 u. f.

N.

Nachdruck, Mittheilung von 6 Rechtsfällen. 384 u. f.
Nichtigkeitsklage in geringfügigen Sachen. 145.

P.

Primärkataster und Flurkarten, deren Bedeutung in Wegstreitigkeiten. 398.

Digitized by Google

Privatdienstverhältnisse, Einfluß derselben auf die staatsbürgerlichen Wahlrechte. 201. 221.
Prädialservituten, Voraussetzungen der 30jährigen Ersitzung. 138.
Protest ꝛc. ꝛc., bei Domicilwechseln, wenn kein Domiciliat benannt. 59. Wenn der Wechselgläubiger selbst als Domiciliat bezeichnet ist. 82. Bei der Regreßklage gegen den Trassanten, wenn der Wechsel bei ihm selbst domicilirt worden. 99. Inhalt der Aufforderung an den Protestaten. 258. Ort. 279. Nachfrage bei der Polizeibehörde. 280. Benachrichtigung des Vormannes von dem Protest im Falle mangelnder Bezeichnung seines Wohnorts. 262.
Protesturkunde, Vorlegung durch den Kläger. 259. Abschrift des Wechsels in solcher. 278. Ausstellung ohne Erklärung des Protestaten. 278. Beifügung des Amtssiegels. 279.
Präsentationstag, Feststellung desselben bei Sichtwechseln. 253.

R.

Rechtsanwälte, Deserviten derselben in Wechselsachen für das Inkasso. 306. Für ein die Vollmacht vertretendes Giro. 307. Im Fall ein solcher als Wechselkläger auftritt. 306.
Rückwechsel, Legitimation des Inhabers eines nicht acceptirten Rückwechsels zur Einklagung des Hauptwechsels. 268.

S.

Schadenersatz, wegen Tödtung oder Körperverletzung in Raufhändeln. 118.
Schneebahnen, Verbindlichkeit hiezu. 395. 427.
Sichtwechsel, Feststellung des Präsentationstags. 253.
Sportelwesen in Ehesachen. 173.
Stattgeben der Wechselklage, macht solches ein verurtheilendes Erkenntniß überflüssig? 295.

T.

Tödtung in Raufhändeln, Schadenersatzpflicht. 118.
Trauung, Giltigkeit der in einem Condominatort vollzogenen Trauung. 367.

V.

Verehelichungserlaubniß, Rechtsfälle. 356. 361.
Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen. (Siehe Civilprozeß.)
Verfallzeit eines Wechsels, Bezeichnung desselben. 247.
Verjährung, Unterbrechung der Verjährung der Wechselklage. 274.
Verwaltungsjustizsachen, Begriff derselben nach dem Gesetz vom 13. November 1855. 311 u. f.
Vitia possessionis, Abwesenheit derselben bei der 30jährigen Servitutenersitzung. 138.
Vorladungsfrist bei Wechselklagen. 281.

Digitized by Google

W.

Wahlrechte, staatsbürgerliche, Einfluß der Privatdienstverhältnisse auf sie. 201. 221.

Wasserstreitigkeiten, Rechtsfälle und Entscheidungen von Administrativbehörden. 388 u. f.

Wechselsachen, Präjudizien in solchen. 246 bis 307.

Wechsel, Bezeichnung der Verfallzeit. 247. Angabe des Orts und Tags der Ausstellung. 248. Ungiltigkeit im Fall der Ungewißheit über die Eigenschaft als Tratte oder eigener Wechsel. 249. Einlösung durch einen Vormann nach ergangenem Erkenntniß gegen den Acceptanten. 250. Feststellung des Präsentationstags bei Sichtwechseln. 253. Beschränkung des Accepts durch eine Bedingung. 255. Benachrichtigungspflicht nur an den unmittelbaren Vormann. 262. Benachrichtigungspflicht im Fall mangelnder Bezeichnung des Wohnorts. 262. Entschädigung für die Bemühung bei der Benachrichtigung findet nicht statt. 267. Beschränkung der Wirkung des Artikels 74. d. a. d. W.-O. auf dritte Besitzer. 272. Unterschrift der Ehefrau des Trassaten; Klagerecht. 275. Erforderniß eines im Ausland ausgestellten Wechsels bezüglich der Bezeichnung als solcher. 276. Sicherungsmittel gegen Ausländer. 204.

Wechselerkenntniß im Fall des Stattgebens der Klage. 295.

Wechselexekution, in welchen Fällen kann solche erkannt werden? 297. Personalexekution ohne Gehör des Beklagten. 302 Kostenvorschuß im Fall des Antrages auf solche. 303. Einwendungen hiegegen im Fall eines rechtskräftigen Erkenntnisses. 305.

Wechselfähigkeit des Kridars. 246.

Wechselprotest, s. Protest.

Wechselprovision, Wirkung der Worte „ohne Kosten" auf solche. 259.

Wechselprozeß gegen den Kridar. 303.

Wechselregreßklage, Legitimation. 268.

Wechselverjährung. s. Verjährung.

Wegbaulast, an Vicinalwegen. 396. 435. Einfluß der Veränderung im Gemeindeverband auf solche. Rechtsfälle. 400. 421. des Neusteuerbarkeitsgesetzes, Rechtsfälle. 428. 434. 438.

Wegbaukosten, Ersatzpflicht. 440.

Wegstreitigkeiten, Präjudizien von Administrativbehörden in solchen. 395. 442.

Z.

Zeugniß, Kompetenz bezüglich der Entscheidung über die Verbindlichkeit zur Zeugnißablegung. 458

Zuständigkeit, (siehe Kompetenz.)

Zutheilung von Heimathlosen. 367.

2/6/85.

Digitized by Google

Tübingen. Im Verlage der **H. Laupp**'schen Buchhandlung **(Laupp und Siebeck)** sind soeben erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Grundsätze des Verwaltungsrechts,

mit besonderer Rücksicht auf gemeinsames deutsches Recht, sowie auf neuere Gesetzgebung und bemerkenswerthe Entscheidungen der obersten Behörden

zunächst

der Königreiche Preußen, Bayern und Württemberg,

von

J. J. Mayer,

Württembergischer Oberamtmann.

32 Bog. gr. 8. Broch. fl. 4. 24 kr. Rthlr. 2. 20 Ngr.

Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze.

Von

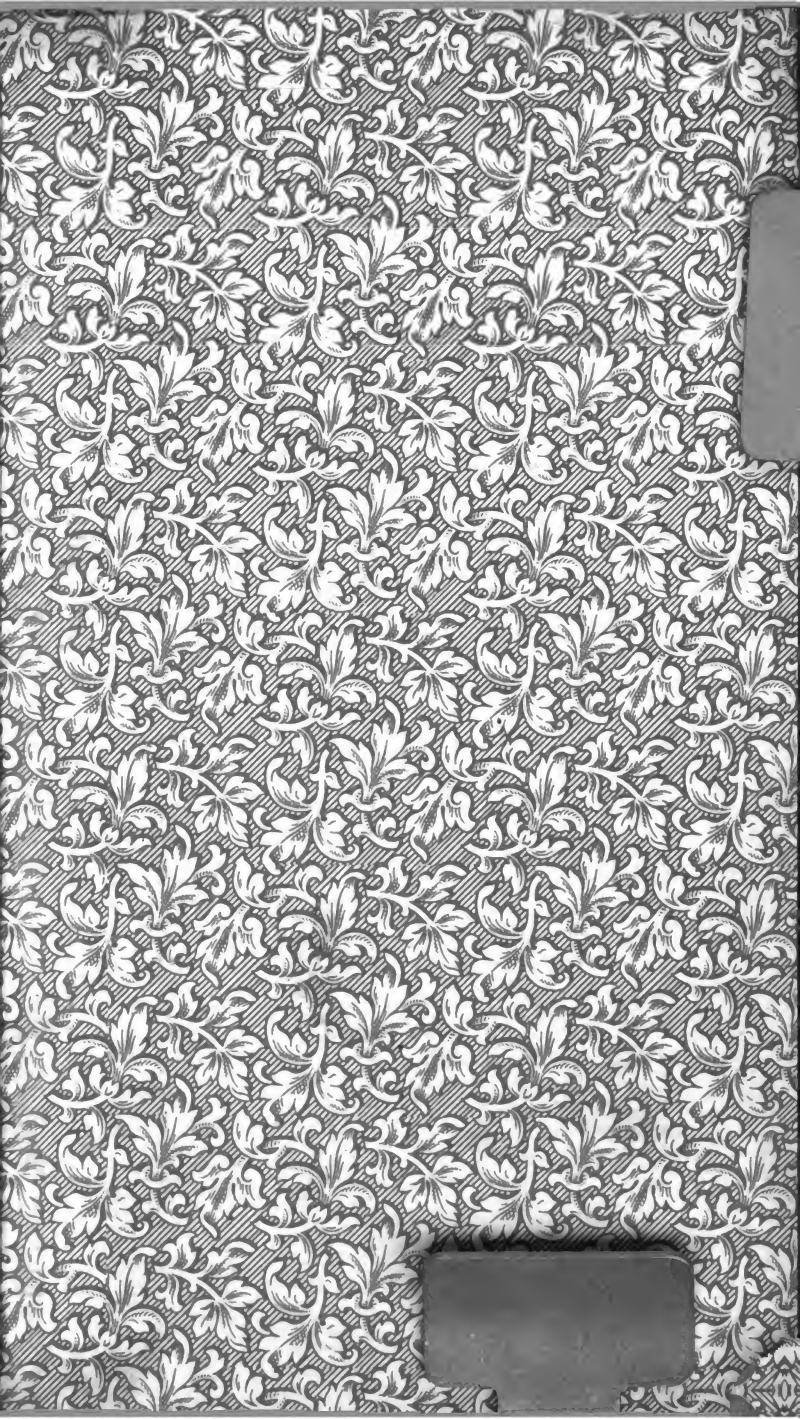
Dr. Hermann Seeger,

Professor in Tübingen.

gr. 8. Broch. fl. 1. 36 kr. Rthlr. 1.

Der Herr Verfasser gibt eine vollständige, geschichtliche und dogmatische Darstellung der Lehre von der Anwendung neuer Strafgesetze auf die früher begangenen Verbrechen einschließlich der zahlreichen Detailfragen, denen in unserer Zeit bei der andauernden regen Thätigkeit der Gesetzgebung besondere Wichtigkeit zukommt. Durch die gesetzlichen Untersuchungen wird eine Lücke der bisherigen Literatur ausgefüllt.

Digitized by Google



Digitized by Google